Der Unternehmensübergang auf Grund Verkaufs in seiner Einwirkung auf Arbeits- und Tarifverträge

(Ein Beitrag zur Lehre vom Unternehmen)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Herbert Gundlach
Referendar in Schwerin i. M.

Druck von Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock
1932

Referent: Professor Dr. Hallstein.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **Einleitung:** Aufgabe und Gliederung 1

Hauptteil:

Der Unternehmensübergang auf Grund Verkaufs in seiner Einwirkung auf Arbeits- und Tarifverträge. (Ein Beitrag zur Lehre vom Unternehmen.)

§ 2. **1. Abschnitt:** Das Unternehmen 3

2. Abschnitt: Der Unternehmensübergang auf Grund Verkaufs in seiner Einwirkung auf Arbeitsverträge

§ 3. I. Unternehmen und Arbeitsvertrag 28

II. Der Arbeitsvertrag

§ 4. 1. Der Anspruch auf die Dienstleistung . . 32

§ 5. 2. Die Pflicht zur Gewährung der Vergütung 45

§ 6. 3. Der Arbeitsvertrag als Ganzes . . . 51

§ 7. 4. Weitere Rechtsfolgen 56

§ 8. (Anhang:) Der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes 69

3. Abschnitt: Der Unternehmensübergang auf Grund Verkaufs in seiner Einwirkung auf Tarifverträge

§ 9. I. Unternehmen und Tarifverträge 71

II. Die Tarifverträge

§ 10. 1. Der Werktarifvertrag 74

§ 11. 2. Der Verbandstarifvertrag 80

§ 12. 3. Der normative Teil der Tarifverträge (Tarifbeteiligung) 86

§ 13. (Anhang:) Der Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes 91

§ 14. **Schluß:** Arbeits- und Tarifverträge und Unternehmen 93

Literaturverzeichnis.

(In Klammern die Zitierweise.)

Baum: Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., 1929. (K.)

Baum: Das Recht der Angestellten, 1927.

Brand: Das Handelsgesetzbuch (mit Ausschluß des Seerechts), 1911.

Bühler: Arbeitsrecht, 1924.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl., 1930.

Daniels: Firmenveräußerung und Unternehmensrecht, 1929.

Dechant: Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Recht, 1923.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, II,1, 1899.

Dersch-Volkmar: Arbeitsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1928.

Domke: Die Veräußerung von Handelsgeschäften, 1922.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897, I, 3. Aufl., 1930.

Ehrenberg: Der Begriff des Kaufmanns, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, II, 1918, (1. Kap., 1. Abschn. I).

Elster: Art. „Geschäftsübernahme" (G.) und „Sondervermögen und Sachinbegriff" (S.) in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, von Stier-Somlo und Elster, Bd. II, 1927, bzw. Bd. V, 1928.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I,1: Einleitung, Allgemeiner Teil, 12. Bearb., 1928. (I 1.)

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, 2: Recht der Schuldverhältnisse, 10. Bearb., 1928. (I 2.)

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II: Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearb., 1930. (Enneccerus-L.)

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I: Einleitung, Allgemeiner Teil, 13. Bearb., 1931. (Enneccerus-N.)

Erdel: Das Arbeitsrecht, I (Kollektives), 1923.

Erdel: Das Arbeitsrecht, II (Individuelles), 1924.

Fehr: Art. „Unternehmen" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, von Stier-Somlo und Elster, Bd. VI, 1929.

Feig-Sitzler: Betriebsrätegesetz, 13./14. Aufl., 1931.

Flatow: Betriebsrätegesetz, 12. Aufl., 1927.

v. Gierke, Julius: Handels- und Schiffahrtsrecht, 3. Aufl., 1929.
v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, (bei Binding), II: 1905, III: 1917. (II u. III.)
v. Gierke, Otto: Grundzüge des Handelsrechts, (bei Holtzendorff-Kohler, III), 1913. (HR.)
v. Gierke, Otto: Schuldnachfolge und Haftung, insbesondere kraft Vermögensübernahme, in: Festschrift für Martitz, 1911, S. 33 ff. (F.)
Goldbaum: Handelsgesetzbuch ..., Kommentar durch die oberstrichterliche Rechtsprechung, 1930.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch, I, 1901.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, I, 2. Aufl., 1903.
Goldschmit: Handkommentar zum Handelsgesetzbuch, 1929.
Groh: Deutsches Arbeitsrecht, 1924.
Haff: Die juristischen Personen des bürgerlichen und Handelsrechts in ihrer Umbildung, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, II. Bd., 1929.
Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Heinsen: Gutachten in: Verhandlungen des XIV. Deutschen Juristentages, 1878, I 2, S. 215 ff.
Heinsheimer-Geiler: Handelsrecht, (bei Kohlrausch-Kaskel), 3. Aufl., 1930. (Heinsheimer-G.)
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Herschel: Kollektives Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1930.
Hoeniger: Arbeitsrecht in: Das gesamte Deutsche Recht, herausgegeben von Rudolf Stammler, I, 1931.
Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts, II: Das Arbeitsvertrags-Recht, 1922. (H. II.)
Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts, III: Das Tarifrecht, 1922. (H. III.)
Hueck: Das Recht des Tarifvertrages, 1920. (TV.)
Hueck: Lehrbuch des Arbeitsrechts, (von Hueck und Nipperdey), I; Allgemeine Lehren und Individuelles Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1928. (L.)
Jacobi: Einführung in das Gewerbe- und Arbeitsrecht, 1926.
Jacobi: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, 1926. (Rbg.)
Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrecht, 1927. (Grl.)
Jadesohn: Das gesamte Arbeitsrecht Deutschlands, 1923/24.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, (bei Kohlrausch-Kaskel), 2. Aufl., 1929.
Isay: Das Recht am Unternehmen, 1910.
Jung: Bürgerliches Recht in: Das gesamte Deutsche Recht, herausgegeben von Rudolf Stammler, I, 1931.

Kallee-Gros: Taschenbuch des Arbeitsrechts, 1928.
Kaskel: Das neue Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1922. (NAR.)
Kaskel: Arbeitsrecht, (bei Kohlrausch-Kaskel), 3. Aufl., 1928.
Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches, (Koenige-Teichmann-Koehler), 2. Aufl., 1929.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929.
v. Landmann-Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung, II, 7. Aufl., 1925.
Lehmann: Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Recht, Festschrift für Georg Cohn, 1915, S. 393 ff. (F.)
Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., 1921.
Lehmann-Ring: Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl., 1914.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB., 1, 1929.
Liefmann: Die Unternehmungsformen, 4. Aufl., 1928.
Locher: Handels-, Wechsel- und Seerecht in: Das gesamte Deutsche Recht, herausgegeben von Rudolf Stammler, I, 1931.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag, I: 1902; II: 1908.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, I, 13. Aufl., 1906.
Manigk: Art. „Schuldübernahme" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, von Stier-Somlo und Elster, Bd. V, 1928.
Mansfeld: Betriebsrätegesetz, 3. Aufl., 1930.
Matthaei: Grundriß des Arbeitsrechts, 1923.
Mebes: Das Schwerbeschädigtengesetz, 2. Aufl., 1931.
Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht, 1923.
Molitor: Arbeitnehmer und Betrieb, 1929. (A. u. B.)
Molitor: Kommentar zur Tarifvertragsverordnung, 1930. (K.)
Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925.
Mosse-Heymann: Handelsgesetzbuch, 17. Aufl., 1926.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl., 1928.
Nikisch: Arbeitsrecht, 1930.
Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht, 1924. (B.)
Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, (von Hueck und Nipperdey), II, 3. Buch: Das kollektive Arbeitsrecht, 1. u. 2. Aufl., 1930. (L.)
Nipperdey: In: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, III, 1930, Art. 159. (GR.)
Nipperdey: Das Arbeitsrecht in: Recht und Staat im Neuen Deutschland, herausgegeben von Harms, II. Bd., 1929, (IV. Reformgebiete des Rechts, S. 108 ff.). (RS.)
Nußbaum: Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1922.
Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923. (AV.)

Oertmann: BGB: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1927; Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abtlg.: 5. Aufl., 1928; 2. Abtlg.: 5. Aufl., 1929. (K.)
Oppikofer: Das Unternehmensrecht, 1927.
Passow: Betrieb, Unternehmung, Konzern, 1925.
Pick-Weigert: Die Praxis des Arbeitsrechts, 2. Aufl., 1928.
Pisko: Das kaufmännische Unternehmen, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, II, 1918, (1. Kap., 2. Abschnitt).
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II,1: 4. Aufl., 1914; II,2: 4. Aufl., 1928.
Pohl: Die Rechtsbedeutung des Betriebes, 1930.
Pohle: Der Unternehmerstand, 1910.
Potthoff: Arbeitsrecht, 1928.
Reichel: Die Schuldmitübernahme, 1909.
Reichsgerichtsräte: Kommentar, 6. Aufl., 1928. (RGRKomm.)
Richter: Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, 1928.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch, 1910.
Rosenstock: Vom Industrierecht (Festgabe Xaver Gretener), 1926.
Rumpf: Art. „Betrieb" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, von Stier-Somlo und Elster, Bd. I, 1926.
Schönfeld: Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, II. Bd., 1929.
Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, I. Teil, 1900.
Schreiber: Grundgedanken zum System eines künftigen Handelsrechts, in: Veröffentlichungen der Handelsrechtslehrer deutscher Hochschulen, Heft 1, 1928.
Schulz-Schäffer: In: Karten-Auskunftei, Abtlg.: Arbeitsrecht, unter „Rechtsnachfolge im Arbeitsrecht".
Schumpeter: Art. „Unternehmer" in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, VIII, 4. Aufl., 1928.
Silberschmidt: Deutsches Arbeitsrecht, I, 1926.
Sinzheimer: Der korporative Arbeitsnormenvertrag, I: 1907; II: 1908. (KA.)
Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., 1927. (Grz.)
Sitzler-Goldschmidt: Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., 1929.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. u. 13. Aufl., 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I: 9. Aufl., 1925; II: 9. Aufl., 1928.
Stier-Somlo: Art. „Betrieb" in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, von Stier-Somlo und Elster, Bd. I, 1926.
Stier-Somlo: Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 1921. (K.)

Tatarin-Tarnheyden: Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie, 1930; (im Auszug in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, III, 1930, Art. 165).
Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, II, 1918 (2. Kap.).
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I, 1910.
Warneyer: Betriebsrätegesetz, 2. Aufl., 1931.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, 1930.
Weber, Adolf: Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., 1929.
Wieland: Handelsrecht, I, (bei Binding), 1921.
Wolff, Martin: Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, Festgabe für Otto Gierke, II. Bd., 1910, S. 115 ff. (F.)
Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III: Das Sachenrecht, 8. Bearb., 1929. (III.)

Dissertationen.

Johanning: Der Begriff der Unternehmung, (Maschinenschrift-Diss.), Göttingen, 1925.
Stemmer: Der Arbeitgeberwechsel und seine Rechtsfolgen, Jena, 1927.
Zeller: Die Wirkung des Übergangs eines Unternehmens auf die Arbeitsverträge, Erlangen, 1928.
Zülch: Das kaufmännische Unternehmen, (Maschinenschrift-Diss.), Göttingen, 1923.

Zeitschriften, Entscheidungen und dergl.

Arbeitsgericht (ArbGer.).
Arbeitsrecht (ArbR.).
Arbeitsrecht und Schlichtung (ArbRuSchl.).
Arbeitsrechtspraxis (ArbRPr.).
Archiv für zivilistische Praxis (ArchZivPr.).
Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).
Entscheidungen der Oberlandesgerichte (OLG.).
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts in der Sammlung von Bensheimer (RAG., Bensh. Sammlg.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG.).
Gesetz und Recht (G. u. R.).
Gewerbe- und Kaufmannsgericht (GewKfmG.); jetzt Arbeitsgericht.
Jahrbuch des Arbeitsrechts (JAR.).
Iherings Jahrbücher (IhJ.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ.).
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZfA.).

Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis (ZBjP.).
Das Recht (Recht).
Reichsarbeitsblatt (RArbBl.).
Schlichtungswesen (SchlW.).; jetzt Arbeitsrecht und Schlichtung.
Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche (Jb.).
Seufferts Archiv (SeuffArch.).
Die Wirtschaft und das Recht (W. u. R.).
Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abtlg. (ZSav.).
Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZfHR.).
Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZschweizR.).
Zentralblatt für Handelsrecht (ZBH.).

§ 1.

Einleitung:

Aufgabe und Gliederung.

Die Abhandlung hat zunächst das Ziel, die Wirkungen des auf Grund Kaufs geschehenden Unternehmensübergangs auf Arbeits- und Tarifverträge darzustellen. Es wird demnach untersucht werden, welche Interessen der Arbeits- und Tarifvertragsparteien im Falle einer derartigen Unternehmensveräußerung zutage treten, und wie sie zu würdigen sind. Danach entscheidet sich dann, ob die Arbeits- und Tarifverträge ganz oder teilweise mitübergehen, also zum Unternehmen „gehören", oder nicht. In dieser Feststellung kommt zum Ausdruck, daß die Untersuchung zum Unternehmensbegriff in Beziehungen tritt. Die Abhandlung setzt sich daher die weitere Aufgabe, einen „Beitrag zur Lehre vom Unternehmen" zu leisten. Es ist freilich nicht möglich, auf der gegebenen Grundlage einen selbständigen Unternehmensbegriff aufzubauen. Wohl aber kann geprüft werden, ob die bisherigen Versuche zur Bestimmung des Unternehmensbegriffes juristisch — wenigstens im Rahmen des Themas — ergiebig sind.

Zweckmäßig erscheint danach folgende Gliederung. Den Anfang bildet eine Darlegung des Gegenstandes der Prüfung. Demgemäß wird sich ein erster Abschnitt mit den in der Literatur bestehenden Meinungen über den Unternehmensbegriff und ihren Konsequenzen beschäftigen. Jedoch ist auch eine Prüfung auf die rechtliche Relevanz der verschiedenen Auffassungen in Anbetracht der Übertragung erforderlich. Anhangsweise hat der Begriff des Betriebes eine Darstellung zu finden. Im zweiten und dritten Abschnitt folgt die Erörterung des Rechts der Arbeits- und

Tarifverträge, nachdem jedesmal im ersten Teil dieser Abschnitte der Zusammenhang mit dem ersten Abschnitt dargestellt worden ist. Zugleich sollen die Entwürfe eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes und eines Arbeitstarifgesetzes kurz gewürdigt werden. Der Schluß der Abhandlung zeigt das Resultat, den Unternehmensbegriff auf der Grundlage des Rechts der Arbeits- und Tarifverträge.

Hauptteil.

Der Unternehmensübergang auf Grund Verkaufs in seiner Einwirkung auf Arbeits- und Tarifverträge.

(Ein Beitrag zur Lehre vom Unternehmen.)

§ 2.

1. Abschnitt.

Das Unternehmen.

1. Eine gesetzliche Definition des Begriffs Unternehmen, die eine auch nur halbwegs allgemeine Geltung für sich beanspruchen könnte und würde, besteht nicht. Kann also die Rechtswissenschaft dem Begriff, wenigstens grundsätzlich, einen beliebigen Inhalt geben? Dies ist nicht der Fall. Das Wort Unternehmen ist Bestandteil der Sprache; der sog. Sprachgebrauch verbindet mit ihm einen bestimmten Sinn. Dieser Sinn ist die Grundlage der wissenschaftlichen Begriffsbildung[1]).

Ein Anlaß, das Gebiet der Sprachforschung zu betreten, besteht nicht. Es genügt, wenn zur Darlegung des Sprachgebrauchs die Ausführungen Jacobis[2]) wiedergegeben werden. Jacobi unterscheidet ein Doppeltes: Der Sprachgebrauch geht einmal auf das Tätigkeitswort „unternehmen" zurück. Er bezeichnet mit „Unternehmen" sodann das (auf Dauer gerichtete) Tätigwerden eines Menschen zur Verfolgung eines darüber hinausgehenden Zweckes. Andererseits „objektiviert — der Sprachgebrauch — den Zweck

1) Vgl. Jessen, ZfHR. 96/37 ff.

2) Abg., S. 3 u. S. 16 ff. vgl. mit S. 4 ff. Eine Kritik Jacobis durch Eckhardt, ZfHR. 94/1 ff.

und verknüpft ihn mit den Mitteln“ [3]). Mit „Unternehmen“ wird also zugleich bezeichnet die Vereinigung von verschiedenen Mitteln zu einem bestimmten Zweck. Daran soll vorerst nichts weiter interessieren, als daß vom Sprachgebrauch ein „subjektiver“, auf Tätigkeit zurückgehender, und ein „objektiver“, vergegenständlichter Unternehmensbegriff mit dem nämlichen Wort zum Ausdruck gebracht wird [4]). Im übrigen wird jedenfalls an dieser Stelle nur übernommen, daß der Begriff vom wirtschaftlichen Standpunkt aus, und zwar unter staats- und rechtswissenschaftlichen Gesichtspunkten zu erörtern ist [5]).

Ganz entsprechend lassen sich auch alle in diesem Rahmen in Betracht kommenden Unternehmensdefinitionen um diesen doppelsinnigen Sprachgebrauch gruppieren [6]).

Die Darstellung der subjektiven Unternehmensdefinitionen mag den Anfang machen.

Hierher ist die Mehrzahl der volkswirtschaftlichen Schriftsteller [7]) zu rechnen. Auch Passow bildet keine Ausnahme. Nach seiner Definition, die ausdrücklich nur für die Wirtschaftswissenschaft Geltung beansprucht, ist die Unternehmung (das Unternehmen) [8]) „ein selbständiger auf Er-

3) Rbg., S. 7.

4) Richtig Pohl, S. 11 ff.

5) Ein weiterer Sprachgebrauch (dazu etwa Passow, S. 95), z. B. Unternehmen i. S. von gewagtem Beginnen (dazu Johanning, S. 13 ff.), aber auch von Versuch im Strafrecht (dazu die Lehrbücher des Strafrechts), bleibt außer Betracht. — Noch enger Jacobi selbst, vgl. auch S. 25. — Es ist abzulehnen, sich von vornherein darauf festzulegen, daß der volkswirtschaftliche und der rechtswissenschaftliche Unternehmensbegriff unvereinbar seien.

6) Vgl. auch Jessen, ZfHR. 96/39.

7) Vgl. etwa Max Weber, Sombart, Liefmann in ihren bei Passow a. a. O. zitierten Schriften, aber auch das bei Johanning a. a. O. besprochene reiche Literaturmaterial.

8) P. unterscheidet also nicht zwischen „Unternehmung“ und „Unternehmen“, vgl. auch S. 42. Dies entspricht auch allgemeinem Brauch, s. Jessen, ZfHR. 96/37 f.; Johanning, S. 6 ff.; gegen Oppikofer H. Meyer, ZSav. 48/542 Anm. 1; so daß den Unterscheidungen Ehrenbergs, S. 2; Wielands, §§ 15 III und 21 pr.; Jacobis, Rbg., S. 18, nur rechtspolitische Bedeutung beigemessen werden kann.

werb gerichteter Betrieb“ [9]), der Betrieb aber seinerseits „ein Inbegriff, ein einheitlicher Komplex von auf die Dauer berechneter wirtschaftlicher Tätigkeit“ [10]). Diese Begriffsbestimmung verwirft eine Reihe von anderweit geltend gemachten Beschränkungen [11]). So stellt sich etwa der Produktionsbetrieb nur als eine Unterart der Unternehmung dar. Auch wird die Zusammenfassung der drei Produktionsfaktoren in der Unternehmung nicht als begriffswesentlich anerkannt. Nur eine Begleiterscheinung ist ferner das Risiko und die Vornahme einer Rentabilitätsrechnung, auf die Liefmann [12]) entscheidendes Gewicht legt. Andererseits ist aber nach Passow erst die tauschwirtschaftlichen Verkehr voraussetzende selbständige Erwerbswirtschaft, d. i. eine solche mit eigenen und einheitlichen Erwerbszwecken, als Unternehmung anzusehen. — Einen umfassenderen, „zeitlosen“ [13]) Begriff findet Schumpeter [14]), der als Unternehmungen die „äußerlich selbständigen, scheinbar autonomen, grundsätzlich auf sich selbst gestellten, unmittelbar nur am eigenen Lebensinteresse orientierten Einheiten“ des sozialen Produktionsprozesses bezeichnet. Dieser Begriff tritt lediglich in Gegensatz zur Planwirtschaft; im übrigen wird abge-

9) S. 41. — Wenn P., S. 43, Anm. 2, aber meint, „im großen und ganzen“ auch mit Schmoller, Jb. 14/735 f., übereinzustimmen, so ist auf die hier nicht zum ersten Mal festgestellte Ähnlichkeit der a. a. O. von Schmoller gegebenen Definition mit der unter die objektiven zu rechnenden Begriffsbestimmung Oppikofers (s. unten) zu verweisen. Vgl. etwa Jessen, S. 50, auch Ruth, ArchZivPr. 129/106 ff. Richtiger Ansicht nach dürfte die Auffassung Schmollers, daß als Unternehmung das zusammengeordnete System von Arbeitskräften und Produktionsmitteln mit besonderer Aufgabe anzusehen ist, höchstens in Parallele mit der (weiteren) Auffassung Schumpeters gestellt werden. Darüber s. unten.

10) S. 2.

11) Insbes. S. 46 ff., auch S. 43.

12) S. 5 f.

13) Jessen, S. 41 ff.

14) A. a. O., I. Die Definition wird in Anbetracht der dem Unternehmer von Schumpeter, II, zugeschriebenen Funktion, nämlich der Vereinigung der Produktionsfaktoren zum Produkt, in diesen Zusammenhang gestellt.

lehnt, einen speziell kapitalistischen Unternehmensbegriff auszubilden. Die Unternehmung komme tatsächlich in allen beobachtbaren historischen Zuständen vor, so daß auch die Konstruktion von Wirtschaftsstufen aus der unternehmungsweisen Produktion scheitern muß. — Auf juristischer Seite vertritt Wolff[15]) mit besonderer Klarheit die Auffassung, daß es sich beim Unternehmen um einen Tätigkeitsinbegriff handele. Über den Inhalt dieses Tätigkeitsinbegriffs wird nichts ausgesagt, vielmehr wohl stillschweigend auf die Volkswirtschaftslehre verwiesen. — Den Übergang zu den objektiven Begriffsbestimmungen vermittelt Jessen[16]), der die Bestimmung des Unternehmens allein als Tätigkeitsinbegriff für unzureichend erklärt und das Unternehmen definiert als die „äußerlich vergegenständlichte Wirtschaftseinheit, deren Wirtschaftsführung durch autonome Gewinnabsicht bestimmt wird". Darin ist also auch enthalten das „organisatorische Gebilde" des Unternehmens[17]).

Hiermit ist Bezug genommen auf die in der Volkswirtschaftslehre ganz vereinzelt dastehende objektive Auffassung Adolf Webers[18]), daß „das organisatorische Gebilde, in dem sich ein einheitlicher Unternehmerwille betätigt", Unternehmung zu nennen sei. Wie aber die Frage überhaupt nur sehr nebenbei behandelt ist, so wird auch unterlassen, dieses „organisatorische Gebilde" fest zu umreißen. Hierum geht aber gerade der Streit in der Rechtswissenschaft. Bevor in dessen Darstellung eingetreten wird, ist eine Vorfrage zu erledigen.

Sie betrifft den vor allem in den §§ 22 ff. HGB. verwendeten Begriff „Handelsgeschäft". Richtiger Ansicht nach handelt es sich hierbei um einen engeren Begriff, näm-

15) Vgl. F., S. 120 ff. zunächst vor Anm. 15, dann aber diese Anmerkung selbst. Weniger klar Wolff, III, § 79 II, 1; s. aber ebenda Anm. 9.

16) ZfHR. 96/46.

17) In gleicher Weise deutet Jessen, S. 39 ff., die Definition Schumpeters. Dies dürfte auch im Hinblick auf die von Sch. gewählte Erklärung als Produktionseinheit zulässig sein. Richtig ist dann auch, hier von einem weiteren Begriff zu sprechen.

18) S. 198 (vgl. auch S. 180).

lich das nach Art und Umfang speziell kaufmännische Unternehmen[19]). Soll die über den Begriff des Handelsgeschäfts entstandene Literatur zur Darstellung herangezogen werden, so muß dies also unter Abstreichung der besonderen Merkmale geschehen. Viel bleibt dabei freilich nicht zu tun, da zumeist Unternehmen und Handelsgeschäft, zum größten Teil unbewußt, identifiziert werden[20]).

Nach der wohl herrschenden Meinung[21]) ist danach unter Unternehmen (im objektiven Sinne) zu verstehen: ein Inbegriff von Sachen und Rechten, dem sogenannten Geschäftsvermögen[22]), das mit den Geschäftsverbindlichkeiten belastet ist, und von tatsächlichen Beziehungen[23]), zu denen beispielsweise die Betriebsorganisation, Kundschaft, Bezugs-

---

19) Eigenartig Ritter, § 22 Anm. 2 a. A.; richtig z. B. Mosse-Heymann, § 22,2; Jacobi, Rbg., S. 25; vgl. auch Passow, S. 45 und 77.

20) Vereinzelt begegnet auch die Auffassung, daß das Unternehmen ein engerer Begriff sei, vgl. insbesondere Daniels, S. 31. Über das RG. vgl. weiter unten.

21) Im wesentlichen vertreten von Düringer-Hachenburg, § 25 Anm. 2; J. v. Gierke, § 14 I 1; Lehmann-Ring, § 25 Nr. 2; Lehmann-Hoeniger, § 22,4; Staub-Bondi, § 22 Anm. 4; Staub-Koenige, V. § 373 Anm. 3a; O. v. Gierke, HR., § 20; Brand, § 22, 2c (mit zahlreichen Entscheidungen); Goldmann, § 22 Anm. 1, I, 1a, aa; Goldschmit, § 22 Anm. 2; Koenige, § 22 Anm. II 1; Makower, § 22 Ic und d1; Ritter, § 22 Anm. 2; Domke, S. 12 ff.; Locher, § 10,1 (über die von ihm angeführten „Arbeitskräfte" und über weitere Einzelheiten s. auch unten); Enneccerus-A., § 125a I; Heinzheimer-G., § 17, a; einen Überblick über die Auffassung der älteren Literatur verschafft Passow, S. 81 ff., besonders Ziff. 1—5; vgl. auch Jacobi, Rbg., Anm. 50 u. 51, und Eckhardt, ZBH. 4/175 ff. Nicht zutreffend dürfte die Beurteilung des rechtswissenschaftlichen Unternehmensbegriffes durch Johanning, S. 125, sein.

22) Der anderen Verwendung dieses Ausdrucks bei Lehmann-Ring a. a. O., wird bloß terminologische Bedeutung beizumessen sein. S. aber Passow, a. a. O., Ziffer 6 (u. 3). In das Vermögen bezieht auch Wolff, F., Anm. 15, die Chancen ein, und zwar unter Berufung auf § 252 BGB.

23) Die weder Sachen noch Rechte sind, vgl. RGZ. 68/49 ff.; v. Tuhr, I, § 18 II.

quellen und dergleichen gerechnet werden, und die auch als Chancen, Tätigkeitsbereich, Fassonwert o. a. bezeichnet sein mögen. Man erkennt also als Unternehmen einen Inbegriff dreier Gruppen von Bestandteilen: Sachen, Rechten und tatsächlichen Beziehungen.

Wie schon angedeutet wurde, geht der Streit um diese Bestandteile.

Auf der einen Seite stehen umfassendere Definitionen.

Hierher gehört einmal Wieland, nach dessen Begriffsbestimmung[24]) sich das Unternehmen aus dem Geschäftsvermögen, den Chancen und außerdem der sog. gewerblichen Betriebstätigkeit[25]) zusammensetzt. Hierunter wird verstanden insbesondere die Arbeitstätigkeit des Unternehmers selbst. Hierher ist aber auch Jacobi zu zählen, nach dem das Unternehmen anzusehen ist als eine „Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln"[26]). Wird diese Definition im Sinne der vorhergehenden aufgelöst, so ergibt sich, daß es sich beim Unternehmen um eine Vereinigung zunächst von Sachen und Chancen[27]) handelt. Hinzutreten die sog. persönlichen Mittel, die durch die Tätigkeit des Unternehmers und anderer in Dienst gestellter Menschen gebildet werden[28]). Sieht man vom Tätigkeitsmoment ab, so kann diese zweite Art der persönlichen Mittel mit den Rechten (und Pflichten) aus abgeschlossenen Arbeitsverträgen gleichgestellt werden[29]). Zu kurz kommen aber bei Jacobi die anderen sog. Geschäftsforderungen, es sei

---

24) § 21 pr.

25) Sollte diese wirklich zu den „eingesetzten Gütern" (dazu § 21 pr.) gehören? S. unten.

26) Rbg., S. 20; ihm schließt sich an Hueck, L., § 15; vgl. auch Dersch, ArbRPr. 3/142 ff., I 1, u. a. Hier begegnen also im Gegensatz zu Anm. 21 S. 7 Vertreter des Arbeitsrechts.

27) Deren Umfang übrigens zu gering bestimmt sein dürfte, da der Blick zu stark auf das Anfangsstadium gerichtet ist. Vgl. die Stelle in der folgenden Anm.

28) Jacobi, Rbg., S. 4 ff., vgl. mit S. 16 ff.

29) Denn die Verpflichtung aus solchen Verträgen geht seitens der in Dienst gestellten Menschen auf ein Tun, ein Tätigwerden. Vgl. Enneccerus, I 2, § 228 III.

denn, daß sie unter den sächlichen Mitteln mitzuverstehen sind. Dies entspricht zwar nicht der Terminologie der heutigen Rechtslehre, andererseits ist aber offenbar die hier bestehende Lücke von Jacobi nicht absichtlich offengelassen worden.

Auf der anderen Seite stehen engere Unternehmensdefinitionen. Zu unterscheiden sind zwei große Gegenmeinungen, als deren Exponenten Pisko und Oppikofer angesehen werden können.

Pisko[30]) bezeichnet als Unternehmen lediglich „die Organisation des Betriebes oder die gesicherte Absatzgelegenheit“[31]). Es können aber nach ihm zwischen diesem „Unternehmen“ und gewissen Sachen Pertinenzverhältnisse bestehen. Die Grundlage dafür wird gefunden in der analogen Anwendung der §§ 97, 98 BGB.[32]). Außerdem entwickelt Pisko in offensichtlicher Anlehnung an den § 96 BGB. ein System der kraft gesetzlicher Vorschrift, mag sie zwingend oder nur dispositiv sein, oder kraft Parteiwillens an das Unternehmen gebundenen Rechte[33]). Gegen die Bezeichnung „Organisation des Betriebes oder gesicherte Ab-

---

30) § 20, S. 200. Eine Besprechung von Piskos Sonderschrift „Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs“, 1907, durch Mitteis, LZ. 1908/202 ff.; Müller-Erzbach, ZfHR. 64/536 ff.; eine sehr umfangreiche und kritische Stellungnahme auch bei Geller, ZBjP. 26/873 ff., 27/1 ff. (mit Fortsetzungen), 28/881 ff. (mit Fortsetzung).

31) Die Gegenständlichkeit dieser Fassung betont P., § 21, durch die (nicht ganz einwandfreie) Bezeichnung als „Bestandteil des Geschäftsvermögens“, und durch die entsprechende rechtliche Behandlung, die er dem Unternehmen in seinem Sinne bei der Übertragung angedeihen läßt.

32) Ebenso kennt P. entsprechend dem § 99 BGB. Früchte des Unternehmens. — Diese Lehre ist vielfach übernommen worden, vgl. z. B. Müller-Erzbach, Kap. 18 V, z. T. auch von solchen, die einen anderen Unternehmensbegriff voraussetzen und daher mit der Übernahme einen logischen Fehler begehen (gegen Locher, § 10, 4, u. a.). So mit Recht Eckhardt gegen Oppikofer, ZBH. 4/175 ff., ebenso H. Meyer, ZSav. 48/554.

33) Im Näheren § 22 I—V.

satzgelegenheit" sind von verschiedenen Seiten[34]) Bedenken erhoben worden. Dem ist jedenfalls in der Richtung zuzustimmen, daß im Sinne einer Gegenständlichkeit unter Betriebsorganisation nur die aus ihr hervorgegangenen Chancen verstanden werden können, von denen die (vielleicht) gesicherte Absatzgelegenheit nur eine Unterart ist. So kehrt auch bei Pisko die Dreiteilung der herrschenden Lehre in Sachen, Rechte und Chancen wieder, nur wird den Chancen als „Hauptsache" eine übergeordnete Bedeutung beigelegt[35]). — Auf dem gleichen Boden wie Pisko steht Müller-Erzbach[36]). Er nimmt ein Unternehmen nur da als gegeben an, wo sich Organisationswerte und die aus ihnen wieder hervorgehenden Werte der Geschäftsbeziehungen und Chancen gebildet haben[37]). Diese Definition bedeutet gegenüber Pisko insofern einen Fortschritt, als sie die an dessen Formel gerügte Ungenauigkeit vermeidet. Im übrigen dürfte anzunehmen sein, daß eine alternative Unterscheidung zwischen Geschäftsbeziehungen und Chancen, die nicht verständlich wäre, nicht beabsichtigt ist. — Gewissermaßen den Abschluß dieser Richtung bildet Daniels, nach dessen noch klarerer Begriffsbestimmung[38]) das Unternehmen „der übertragbare, —

34) Vgl. etwa Schönfeld, S. 262 ff., der den zweiten Teil (durchaus im Sinne seiner Definition) gestrichen wissen will; ferner Jessen, ZfHR. 96/50 ff., der sich gegen eine Unterscheidung wendet; gegen die Formel Piskos nimmt auch Wolff, F., S. 120 ff., Stellung als zu eng und zu unklar.

35) Über eine „Konzession" der h. L. an die Auffassung Piskos s. unten Z. 2.

36) Trotzdem er mit Einwendungen gegen Pisko (und Isay) nicht spart und hervorhebt, daß es unmöglich sei, „eine Lebenserscheinung in eine — allerdings nur — absolute Form zu pressen", vgl. ZfHR. 71/417 ff., ebenda 64/530 ff. und Kap. 18 II.

37) Kap. 18 II; vgl. auch ZfHR. 71/417 ff. und 61/357 ff.

38) S. 31 ff., A. Ic. Zu Unrecht beruft sich Daniels auf Oppikofer. — D. begründet seine Ansicht damit (a. a. O., a u. b), daß die Bestimmung des Unternehmens als Inbegriff juristisch nur beschränkten Wert hat, da ein solcher Inbegriff nicht Gegenstand eines (einheitlichen) dinglichen Rechts sei. Da aber die materiellen Güter bereits ihre Einordnung in das Recht gefunden hätten, blieben nur die ideellen Geschäftswerte übrig. Vgl. auch Eckhardt, ZBH. 4/171 ff.; Jessen, ZfHR. 96/50.

d. i. der nicht an die Person des Unternehmers gebundene[39]) —, ideelle Geschäftswert" ist. Dieses Unternehmen ist nach Daniels ein Immaterialgut, und zwar „das in der Praxis anerkannte"[40]). Die Bestimmung als Immaterialgut leitet über zu Isay. — Auch Isay spricht von einem Immaterialgut, das sich in dem Unternehmen verkörpert[41]) und besteht in der inneren Organisation, Geschäftserfahrung, Beziehungen[42]). Auch er ist also im Zusammenhang mit den soeben erörterten Begriffsbestimmungen zu nennen[43]). Nur ist allerdings zu beachten, daß Isay insofern darüber hinausführt, als er auf eine gegenständliche Bestimmung jenes Immaterialgutes, wie es scheint, mit Recht verzichtet. Übertragen wird ja nicht das Immaterialgut, sondern ein Immaterialgüterrecht, das viel erörterte sog. Recht am Unternehmen[44]). — Was jene Anerkennung durch die Praxis betrifft, so ist richtig, daß auch das Reichsgericht ein Recht am Unternehmen kennt[45]), es hat ihm sogar zum Dasein verholfen. Das Reichsgericht steht nicht an, für den Begriff des Handelsgeschäfts in ständiger Rechtsprechung[46]) die Dreiteilung in Sachen, Rechte und tatsächliche Beziehungen zu Grunde zu legen. Dagegen erklärt es[47]) als Gegenstand des Rechts am Unternehmen, also als „Unternehmen", den „Hauptwert des Geschäfts", die tatsächlichen Beziehungen.

---

39) Über dieses Merkmal vgl. unten die Ausführungen bei Oppikofer.

40) A. II.

41) S. 23.

42) S. 41.

43) Trotzdem sich an verschiedenen Stellen andere Bestimmungen des Unternehmensbegriffes finden, vgl. S. 14, 21. Seine Darstellung bildet insofern die Grundlage von Daniels.

44) Das Objekt des Rechts am Unternehmen nach Wolff, F., S. 120 ff., ist ein anderes als das hier von Sachen und Rechten losgelöste (so richtig Müller-Erzbach, ZfHR. 71/417 ff.) „Unternehmen".

45) Vgl. z. B. RGZ. 92/132; 94/248; 102/225. S. auch die Angaben bei Friedrichs, W. u. R. 3/323 ff., Anm. 35.

46) Vgl. z. B. RGZ. 70/20 ff.; 70/227 ff.; 95/237.

47) RGZ. 68/51.

Es kann kaum einem Zweifel unterliegen[48]), daß das Reichsgericht weniger Wert darauf legte, den Begriff des Unternehmens zu bestimmen, als vielmehr darauf, das Recht am Unternehmen, das als Bedürfnis empfunden wurde, zu begründen. Will man den Ausführungen Schönfelds[49]) folgen, so kommt es darauf an, den Unternehmer zu schützen. Dem hätte entsprochen, wenn das Reichsgericht bei der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB., für den allein es seine Lehre ausgebildet hat, nicht auf das „sonstige Recht", sondern auf eine Analogie zur „Freiheit" zurückgegangen wäre, oder, wie man auch sagen mag, den Streit Persönlichkeits- oder Immaterialgüterrecht ausdrücklich zu Gunsten des ersten entschieden hätte[50]). Nach der Formulierung, die das oberste Gericht aber gegeben hat, muß es sich indessen gefallen lassen, daß seine Zurückhaltung in der Anerkennung eines dinglichen bzw. einheitlichen Rechts am Unternehmen[51]) mit Unvollständigkeit oder Beharrungsvermögen erklärt wird. — In dieser Weise wertet jedenfalls Eckhardt, dem die „ganz anderen Erwägungen" des Reichsgerichts Bestätigung sind, ein verfügbares Recht am Betrieb[52]) anzuerkennen[53]). Auch im übrigen ist dieser Schriftsteller hierher zu stellen. Denn der

---

48) Auch bei Isay ist dies übrigens zweifelhaft.

49) S. 262 ff.; ähnlich Locher, § 10, 4. Vgl. auch Fehr a. a. O.; bedeutsam auch RGRKomm., § 90, 3. Abwegig aber Dersch, ArbRPr. 3/142 ff., 11; Domke, S. 12 ff.

50) So mit Recht J. v. Gierke, § 141 2; Wieland, § 22 I 2.

51) Vgl. hierzu den Versuch einer Gruppierung der sich mit dem Unternehmen beschäftigenden Reichsgerichtsentscheidungen von Zülch a. a. O., vgl. S. 56. — Enneccerus, I 1, § 71 I 3 und § 72 II, reiht „das vom RG. in ständiger Rechtsprechung angenommene Recht auf ungehinderte Fortführung eines bestehenden Gewerbebetriebes" unter die Immaterialgüterrechte ein. Daß dieser Schriftsteller (wie allein verständlich) auf dem Boden Isays steht, ergibt sich aus § 124 I 1 und I 2, § 451 Anm. 8 (Enneccerus-L., § 228 (451) Anm. 8). Vgl. aber die Ausführungen vor Anm. 3 im § 124. — Noch anders Enneccerus-N., § 71 I 2; § 125 a III.

52) Von Eckhardt wie Unternehmen gebraucht, s. auch unten. Vgl. ZfHR. 94/19 u. 29; JW. 4/171 ff.

53) JW. 4/177.

Betrieb, an dem jenes Recht besteht, ist nach ihm identisch mit den (nicht personengebundenen)[54] Chancen[55].

Diesen Auffassungen tritt in erster Linie Oppikofer, sodann aber auch eine Anzahl von weiteren, insbesondere deutsch-rechtlichen Gelehrten entgegen. Für diese Richtung typisch ist das Streben nach einer restlosen Eingliederung des Unternehmensbegriffs in die hergebrachten Rechtsfiguren, die dafür von der „romanistischen Erstarrung" befreit werden[56]. — Oppikofer[57] definiert das Unternehmen[58] als „unpersönliche (übertragbare) Organisation von Arbeitskräften und Wirtschaftsgütern". Die Begriffsbestimmung bedarf der Auflösung. Danach ist als Unternehmen mit Oppikofer zu verstehen eine Vielheit von Gütern und Kräften. Was die Kräfte anbelangt, so kann auch hier genau wie bei Jacobi auf die Kraftquellen zurückgegangen werden. Andererseits ist hier richtiger als bei Jacobi die Rede von „Gütern", die nach allgemeiner volkswirtschaftlicher Auffassung aus Sachen und Leistungen bestehen. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre fehlt es aber am Bestandteil: immaterielle Mittel. Oppikofer bejaht zwar die Existenz von durch Organisationstätigkeit geschaffenen Werten, behauptet jedoch von ihnen in ausdrücklichem Gegensatz zu Pisko und Isay, daß sie „keine selbständigen Objekte, sondern Eigenschaften" der Vielheit von Gütern und Kräften seien[59]. Auf eine kurze Formel gebracht, ist nach Oppi-

54) Vgl. Anm. 39 S. 11.

55) A. a. O., S. 175. — Die Bezeichnung der Chancen als „Eigenschaft des Betriebs", — vgl. bes. ZfHR. 94/5, aber auch a. a. O. —, ist nicht zu halten. Vgl. gerade die Ausführungen E.s, ZBH. 4/171 ff., gegen J. v. Gierke.

56) Vgl. besonders die „dynamische" Rechtsauffassung Fehrs, aber auch die übrigen weiter unten.

57) Die Abhandlung Oppikofers hat außerordentliche Beachtung gefunden. Eine Kritik übt z. B. H. Meyer, ZSav. 48/540 ff. (bes. für den rechtsgeschichtlichen Teil); Ruth, ArchZivPr. 129/106 ff.; Fehr, ZschweizR. NF. 47/1 ff.; Eckhardt, ZBH. 4/171 ff.; (s. auch schon oben), dieser ohne den rechtsgeschichtlichen Teil.

58) S. 7 ff., bes. S. 8 u. 9; vgl. auch S. 3 ff. mit einem wohl unberechtigten Angriff auf Passow.

59) A. a. O. Wenn Eckhardt, ZBH. 4/171 ff., meint, daß

kofer demnach unter Unternehmen zu verstehen das Geschäftsvermögen als Organismus[60]). Will man dem noch folgen, so bereitet es dem Verständnis Schwierigkeiten, daß der Ton auf eine „unpersönliche (übertragbare)" Organisation gelegt wird. Es dürfte in der Tat weniger darauf ankommen, ob die Organisation übertragbar ist, als vielmehr darauf, ob die Kräfte und Güter, wenn auch als Organismus, übertragbar sind, und auch dieses nur bei der Erörterung des Unternehmens als Objekt des Rechtsverkehrs, das später noch interessieren wird[61]). So scheint es sich hier um eine Reminiszenz an bereits erörterte Begriffsbestimmungen zu handeln, von denen Oppikofer ausgeht[62]), und deren Zweckbestimmtheit er nicht berücksichtigt. — Klarer sind in dieser Beziehung die übrigen Begriffsbestimmungen der hier besprochenen Ansichtsgruppe. — Nach Elster ist das Unternehmen keine bloße Summierung der Einzelgegenstände, sondern ein „durch Verbindungsfäden geistiger und organischer Natur, durch Imponderabilien, — Kundschaft usw. —, zusammengehaltenes sozialrechtliches Ganzes"[63]). Die Bestimmung dieses „sozialrechtlichen Ganzen" erfolgt an anderer Stelle[64]) als materielles Sondervermögen[65]). Die Frage, ob in der Tat ein Sondervermögen gegeben ist, gehört nicht in diesen Zusammenhang. Ein in sich unlöslicher Widerspruch ist es aber, wenn Elster diesem auch den geistigen Bestand-

sich Oppikofer damit dem Standpunkt Jacobis nähere, so kann dem nicht zugestimmt werden.

60) Richtig versteht auch Ruth a. a. O. Organisation als Organismus. Ziemlich abwegig ist der Tadel, den Haff, § 41, gegen Oppikofer richtet; O. beabsichtigt nicht, das Unternehmen als Rechtssubjekt zu definieren.

61) Berechtigt ist deshalb auch die Kritik von Ruth, der sich gegen die Unterdrückung des persönlichen Elements bei Oppikofer wendet.

62) Vgl. dazu noch die von H. Meyer, ZSav. 48/543, wohl zu scharf kritisierte Bemerkung Oppikofers, daß es sich nicht um rechtliche Übertragbarkeit zu handeln brauche.

63) S., 1.

64) S., 12.

65) Ähnlich Beyerle, ArchZivPr. 127/371, in einer Buchbesprechung, („Organisiertes Sondervermögen").

teil des Unternehmens als „durchaus materiell" zurechnen will, ihn aber andererseits als zusammenhaltendes Element jenes dann etwas mystischen sozialrechtlichen Ganzen verwendet. Es dürfte im Sinne Elsters liegen, den Widerspruch in der Weise zu beseitigen, die aus der Einordnung hervorgeht. — Der Gedankengang der zur Erörterung stehenden Richtung dürfte am besten bei Schönfeld zum Ausdruck gelangen. Schönfeld[66]) findet zunächst unter wohl nicht ganz zutreffender Auswertung von Reichsgerichtsentscheidungen, daß das Unternehmen geistige Organisation ist; insofern stimmt er mit Pisko überein. Zugleich sieht sich dieser Schriftsteller aber veranlaßt, dieses „Unternehmen" als geistiges, oder gar materielles Rechtsgut abzulehnen. Die allein mögliche Konsequenz muß daher nach ihm sein, die ganze Lehre vom Unternehmen in seiner Besonderheit über Bord zu werfen[67]) und das (Handels-) Vermögen „als Gliederung, Organismus oder System aller Rechte oder Rechtsgüter, die es bilden", aufzufassen. „So besteht das Handelsvermögen in dem ‚Handelsunternehmen'"[68]). — Über diese Richtung hinaus führt schließlich die Darstellung Fehrs, der das Problem zur Erörterung stellt[69]), ob das Unternehmen als sachenrechtliche Einheit im Sinne eines zweckgebundenen Sondervermögens oder aber als übertragbare Organisation[70]), organisatorische Einheit, in deren Dienst Güter und Rechte gestellt sind, und deren Hauptelement die Organisationstätigkeit darstellt, aufzufassen ist. Unter Berufung auf die stärkere Dynamik des

---

66) S. 262 ff.

67) Sch. hat aber, wie er betont, nur das Vermögensrecht, nicht auch das Arbeitsrecht im Auge.

68) Sch. meint gerade umgekehrt wie Daniels, — dazu oben S. 10, Anm. 38 —, daß das Unternehmen niemals tatsächliche Beziehungen enthalte, da sie undefinierbar, nicht fähig seien, in das bestehende Rechtssystem eingegliedert zu werden. Vgl. dazu auch vor S. 262 ff. — Sollte auch Elster, G., II 1, auf diesem Standpunkt stehen?

69) A. a. O.

70) Vgl. Oppikofer. Diese Formulierung dürfte hier besonders unangebracht sein. S. unten.

heutigen Lebens[71]) neigt Fehr einer der zweiten Alternative entsprechenden Lehre vom wirtschaftlichen und rechtlichen „Herrschaftsbereich, in dem Organisation, — der auch die Arbeitskräfte zugerechnet werden —, und Geschäftsvermögen gleich bedeutungsvoll" sind, zu. Vermögen und Organisation werden also wieder getrennt und, recht besehen, weitgehende Übereinstimmungen mit Jacobi und Wieland erzielt. Die im weiteren Verlauf der Darstellung gegebene Definition, daß „das Unternehmen besteht aus Sachgütern, immateriellen Kräften und Verbindungen und dem zusammenhaltenden geistigen Band", dürfte dies, sogar in ihrer Unvollständigkeit, deutlich aufzeigen. Wenn Fehr dennoch hier eingeordnet wird, so geschieht dies, weil ein „organisiertes Eigentum, zu welchem das Unternehmen gehört", — eine Begriffsbestimmung, die sich wiederum an anderer Stelle findet[72]) —, und das „nur dynamisch zu begreifen" ist, eine innere Verwandtschaft mit den oben bereits erörterten Definitionen aufzudecken scheint. Ob die Bezeichnung als „Eigentum" sehr glücklich ist, muß im übrigen, und zwar nicht nur im Hinblick auf die oben wiedergegebenen Ausführungen Fehrs, stark in Zweifel gezogen werden[73]).

Die Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen hat damit ihr Ende erreicht[74]). Sie hat eine außerordentliche

---

71) Dies ist noch eine Frage, die aber offen gelassen werden muß. Über dynamisches Recht vgl. auch Fehr, „Recht und Wirklichkeit", 1928.

72) ZschweizR. NF. 47/1 ff., I.

73) Richtig wird vorgegangen bei der Behandlung des Fassonwertes, IV.

74) Zu erwähnen bleibt noch die Ansicht Gellers in ZBjP. 31/461 ff., bes. 469 f., daß jedes Unternehmen nur ist „eine wirtschaftliche Funktion, sei es bloß des persönlichen Vermögens seines Subjekts, sei es auch seines sachlichen Vermögens". Diese „Vermögen" seien Kapazitätsfaktoren. Vgl. auch seine Schrift „Das Unternehmen und seine Beziehungen zu Firma, Schild und Warenzeichen", 1913, S. 20 ff., in der das Unternehmen als „Umsatzbereitschaft und ihre Kundbarkeit" bezeichnet wird. G. kommt über attributive Begriffsbestimmungen nicht hinaus und dürfte daher ohne weiteres abzulehnen sein. Vgl. auch Passow, S. 87.

Vielseitigkeit gezeigt. Es kann mit Fug behauptet werden, daß jede (primär) mögliche Auffassung auch vertreten ist[75]).

2. In der Abhandlung interessiert vor allem der Verkauf und die Übertragung eines Unternehmens[76]). Die Rechtsordnung erkennt die Möglichkeit der Unternehmensveräußerung an[77]). Zu verweisen ist auf den § 25 HGB. Begriffsbestimmungen, die ihrer Natur nach eine Veräußerung des Unternehmens nicht zulassen, mögen daher in anderem Zusammenhang eine Rolle spielen[78]). Unter dem Gesichtspunkt des Verkaufs und der Übertragung sind sie als unbrauchbar auszuscheiden. Aus diesem Grunde brauchen die subjektiven Unternehmensdefinitionen in der Abhandlung eine Berücksichtigung nicht zu finden[79]). Eine Tätigkeit kann zwar fortgesetzt, aber nicht übertragen werden[80]). Dagegen

---

75) Es war nicht nötig, alles und jedes, das über das Unternehmen geschrieben ist, — vgl. vor allem Jacobi, Rbg., bes. Anm. 1 und 2, auch Haff, § 4 I (über das Steuerrecht) —, heranzuziehen.

76) Vgl. oben § 1.

77) Vgl. auch Passow, S. 90; Jacobi, Rbg., Anm. 50 a.

78) Damit wird in Übereinstimmung mit Cosack, § 46 I; Müller-Erzbach, Kap. 18 II; auch Locher, § 10,1; vgl. auch Passow, S. 44 f., 88/89, 96; einer relativen Begriffsbestimmung das Wort geredet und zugleich im Gegensatz insbesondere zu Oppikofer für unmöglich gehalten, daß ein allgemein gültiger Unternehmensbegriff statuiert werden kann. — Zwischen dem Objekt des Rechts am Unternehmen und dem Unternehmen i. S. des Rechtsverkehrs besteht ein solches Verhältnis der Unabhängigkeit nicht. Ist jenes als Immaterialgut anzusehen, so ist es auch dieses. Denn die Übertragung des Unternehmens vollzieht sich dann notwendig durch die Abtretung des dann entstehenden Immaterialgüterrechts. Vgl. dazu oben S. 12.

79) Sie gehen vom „Unternehmer", einem der Volkswirtschaftslehre erheblichen Begriff, aus. Vgl. Passow, S. 41,1; Jessen, ZfHR. 96/37. Rechtlich haben sie auch unter einem anderen Gesichtspunkt keine Bedeutung. Vgl. jedoch noch Anm. 84.

80) Diese Erkenntnis wird nur hin und wieder einmal ausgesprochen, vgl. z. B. Eckhardt, ZBH. 4/171 ff.; auch Wieland, § 22 II. S. ferner O. v. Gierke, F., Anm. 4 S. 73, gegen Wolff. Vgl. auch H. Meyer, ZSav. 48/542. — Möglicherweise wird der Einwand erhoben, daß die „Übertragung" des Unternehmens in der Fortsetzung der Tätigkeit bestehe. Vgl. dazu als

kommen alle[81]) objektiven Definitionen in Betracht[82]). Übertragen werden können Sachen und Rechte, übertragen werden können auch die Chancen[83]). Dabei müssen die persönlichen, d. h. die an die Person gebundenen Unternehmenselemente, die unübertragbar sind, ausgeschaltet werden[84]).

Die soeben dargestellten objektiven Begriffsbestimmungen können zu drei Meinungsgruppen zusammengefaßt werden. Das Unternehmen besteht nach einer Ansicht aus Sachen, Rechten und Chancen, nach einer anderen aus Sachen und Rechten, nach einer dritten nur aus Chancen[85]).

Dazu ist im Hinblick auf später wichtige Fragen noch ein Mehrfaches auszuführen.

Nur eines Hinweises bedarf es, daß das Unternehmen keine juristische Person ist[86]). Wohl aber besteht die Tendenz

---

Parallele die Meinung Pisko s, § 20, auch § 25, daß Sachen und Rechte nicht die allein möglichen Gegenstände translativer Übertragung seien, sondern auch die Chancen. Damit würde ohne Not eine Änderung des bestehenden Rechtssystems verlangt. S. ferner unten, bes. Anm. 101, S. 21.

81) Aus den Definitionen Jacobis und Wielands, — s. oben S. 8 f. —, ist das subjektive Element auszuscheiden. Das gleiche gilt für Oppikofer, oben S. 13.

82) Die denn auch zumeist im Anschluß an die §§ 22 ff. HGB. entwickelt wurden. Vgl. oben die Quellenangabe. — Auch die „Objektivisten" kennen übrigens, anscheinend sogar zu einem größeren Teil, einen subjektiven Begriff. Vgl. z. B. Müller-Erzbach, Kap. 18 II; Wieland, § 15 III. Vgl. auch oben S. 6.

83) Sei es mittels eines Immaterialgüterrechts, sei es mittels tatsächlicher Überlassung an den Erwerber (h. L.). Über Pisko oben Anm. 80.

84) Vgl. oben S. 14 vor Anm. 61, insofern gegen Ruth, ArchZivPr. 129/106 ff. — Zwischen diesen Unternehmenselementen und dem Tätigkeitsbegriff besteht ein deutlicher Zusammenhang. Ein anderer (logischer) Zusammenhang zwischen dem subjektiven und objektiven Unternehmensbegriff wird sich noch unten erweisen.

85) Im wesentlichen handelt es sich nur um Konstruktionsschwierigkeiten. Das Einigende hebt mit Recht hervor Eckhardt, ZBH. 4/175, s. auch Mitteis, LZ. 1908/202 ff.; Ruth, ArchZivPr. 129/106 ff.

86) Allgemeine Meinung, z. B. Jacobi, Rbg., S. 16 ff.; Hueck, L., § 15 V; Locher, § 10,3; O. v. Gierke, HR., § 20; Pisko, § 22 (S. 209); Lehmann, F., S. 17 ff.; auch Stau-

zu einer Verselbständigung des Unternehmens[87]). Es wird möglich sein, diese Behauptung durch die späteren Ausführungen in bescheidenem Maße unter Beweis zu stellen. Rechtssubjekt[88]) ist nach wie vor der Unternehmer[89]). Außerdem ist für alle Theorien gemeinsam die Frage zu stellen und zu beantworten, welche Sachen, Rechte und (oder) Chancen ein Unternehmen umfaßt. Die Unternehmensveräußerung ergreift einen Komplex dieser Gegenstände. Jacobi setzt seine Begriffsbestimmung des Unternehmens als „Vereinigung persönlicher, sächlicher und immaterieller Mittel" fort: „zum Zwecke der Bedürfnisbefriedigung"[90]), also zu einem wirtschaftlichen Zweck. Dagegen bestehen keine Bedenken[91]). Sachen, Rechte und bzw. oder Chancen sind also insoweit Unternehmensbestandteile, als sie in der Hand

---

dinger, V § 90 IV a. E.; Schönfeld, S. 262 ff.; Domke, S. 24. — Bemerkenswert ist, daß eine alte Lehre (Endemann u. a.) das Geschäft schon einmal als „selbständiges Rechtssubjekt" ansah, s. Passow, S. 91 ff. Nach P. ist diese Auffassung als irrige Schlußfolgerung anzusehen. — Mit Enneccerus-A., § 96 IV, ist darauf abzustellen, daß die Anerkennung als Rechtssubjekt eine Frage des positiven Rechts ist. — Das Unternehmen kann übertragen werden, s. schon diese Ziffer a. A. — Vgl. auch Enneccerus-A., § 65 III.

87) Vgl. O. v. Gierke, HR., § 2. — Gewisse Teile müssen bei der Übertragung des Unternehmens mit übertragen werden. Vgl. oben S. 9 Anm. 33; O. v. Gierke, HR. § 20. Vgl. ferner Schumpeter, IV; unter rechtspolitischen Gesichtspunkten auch Lehmann, F.; Müller-Erzbach, ZfHR. 61/357 ff. und 64/530 ff.; auch Jacobi, Rbg., S. 16 ff.; Oppikofer, S. 128 ff.

88) Vgl. Enneccerus-A., § 76 I.

89) Unternehmer wird hier mit Unternehmensinhaber, der eine physische oder juristische Person (oder eine Mehrheit solcher Personen) sein kann, gleichbedeutend gebraucht. Vgl. Enneccerus-A., § 96 III.

90) Rbg., S. 16 ff.

91) Ein engerer Zweck ist in der Rechtswissenschaft nicht rationell. Vgl. auch Eckhardt, ZBH. 4/171 ff.; dens., ZfHR. 94/18 ff., gegen Passow. Anders aber Jessen, ZfHR. 96/41 ff., auch 60; s. auch H. Meyer, ZSav. 48/542 Anm. 2; Feig-Sitzler, § 9 Anm. 1; Mansfeld, § 9 Anm. 2.

des Unternehmers zu einem wirtschaftlichen Zwecke gleicher Art zusammengefaßt sind[92]). — Diese Feststellung leitet über zu einer anderen: Die zweckvolle Vereinigung der Unternehmensmittel ist der Ausdruck einer Tätigkeit des Unternehmers. Soll der Zusammenhalt der Mittel aufrechterhalten bleiben, also das Unternehmen übertragen sein, so muß die Tätigkeit vom Erwerber fortgesetzt und, — was darin enthalten ist —, vom Veräußerer aufgegeben werden[93]). Das Unternehmen würde in gewissermaßen tote Stücke zerfallen[94]), wenn es nicht „fortgeführt" wird, wie dies in feiner Weise im § 25 HGB. als Voraussetzung für seine Anwendung festgelegt ist.

Im übrigen ist zu den drei Ansichtsgruppen im einzelnen folgendes zu bemerken.

Die (deutschrechtlichen) Vermögenstheorien haben zu folgern, daß Sachen und Rechte insgesamt übertragen werden müssen, damit das Unternehmen verkauft sei[95]). Denn sonst würde das „organisierte Sondervermögen" auseinanderfallen.

Die von Geller[96]) so genannten Schementheorien müssen zu dem Schluß kommen, daß zur Übertragung des Unternehmens die der Chancen erforderlich ist. Eine „reine" Lehre hätte weiter die Auffassung zu vertreten, daß nur die Übertragung der Chancen die des Unternehmens bedeutet. Sie besteht nicht[97]). Vorbildlich für die anderen Vertreter

92) Darüber, daß es sich um eine „dauernde" Zusammenfassung handeln muß, richtig Jacobi, Rbg., S. 3. — Ein „größerer Herrschaftsbereich", — so Fehr —, braucht nach richtiger Ansicht Passows, S. 42, nicht vorzuliegen.

93) So auch Cosack, § 63 I; vor allem aber H. Meyer, ZSav. 48/542. Vgl. auch Schönfeld, S. 262 ff.; Wolff, F., S. 120 ff.; Königsberger, AZfA. 1923/299 ff., a. Vgl. auch unten S. 21, Anm. 100. — Es versteht sich, daß der gleiche Zweck weiter verfolgt werden muß. Er ist das individualisierende Merkmal der Tätigkeit.

94) Auf diesen Gesichtspunkt macht mit Recht Makower, § 22 I d A, aufmerksam.

95) Dieser Konsequenz möchte man sich allerdings entziehen, s. gerade auch Schönfeld, S. 262 ff. Vgl. Jessen, ZfHR. 96/59 f., gegen Oppikofer, und unten.

96) ZBjP. 31/461 ff.

97) Nach der nicht begründeten, noch über Pisko hinaus-

dieser Richtung ist die Meinung Piskos[98]), daß die §§ (96), 97, 98 BGB. analog anzuwenden seien. Wird das Unternehmen verkauft, so greift daher die Vorschrift des § 314 BGB. Platz[99]).

Anders verhält es sich mit dem Unternehmensbegriff der herrschenden Lehre. Jener „Inbegriff von Sachen, Rechten und Chancen" ist nur ein typischer Begriff. Es ist nicht nötig, daß der Inbegriff vollständig übertragen werde, damit das Unternehmen übertragen sei. Diese Lehre braucht mit Recht nur zu fordern, daß soviel übertragen wird, wie zur Wahrung der Kontinuität des Unternehmens nötig ist[100]). Das bedeutet, daß gegebenenfalls nur ein Stück des Inbegriffs übertragen werden muß[101]). In vielen Fällen mag allerdings die Sachlage diese sein, daß zur Wahrung der Kontinuität die Übertragung der Chancen erforderlich ist. In diesem Sinne dürfte die Bemerkung mancher Anhänger der herrschenden Lehre zu verstehen sein, daß mindestens die Chancen übertragen werden müssen[102]). Hat man sie als starre Regel aufzufassen[103]), so ist eine Annäherung dieser

---

gehenden, — dazu sogleich —, Ansicht von Lehmann-Ring, § 25 Nr. 3; Lehmann-Hoeniger, § 22,5; sind im Zweifel nur die Chancen zu übertragen.

98) S. oben S. 9. — Sicherlich ist dies die einzige rechtliche Möglichkeit für diese Richtung, den Umfang des Unternehmens zu erweitern.

99) Vgl. Pisko, § 25 vor Anm. 9.

100) So unter vielen gerade auch Elster, G., I 2; Müller-Erzbach, Kap. 18 V, aber nur teilweise zutreffend; Goldschmit, § 22, 2 (mit Entscheidungen); sehr klar Makower, § 22 I d 2. Es handelt sich um das sog. Unternehmen i. e. S., das auch im Zusammenhang mit den §§ 22, 23 HGB. eine bedeutsame Rolle spielt.

101) Richtig Wolff, F., S. 120 ff. und Anm. 15. Andernfalls wäre auch zwischen übernommenen und selbständig in Angriff genommenen Unternehmen nicht mehr zu unterscheiden. Anders anscheinend H. Meyer, JSav. 48/555.

102) Vgl. etwa Staub-Koenige, V § 373 Anm. 3a, mit einer typischen Terminologie. Klar jedoch z. B. Koenige, § 22 II 2; Makower, § 22 I d 1.

103) So wohl Eckhardt, ZBH. 4/171 ff. Vgl. auch dens., ZfHR. 94/5.

Schriftsteller an die Lehre Piskos festzustellen. Im Gegensatz zu ihm brauchen sie aber nicht auf eine analoge Anwendung der Vorschriften über Bestandteile und Zubehör zurückzugreifen. — Denn für sie wie für die übrigen Vertreter der herrschenden Lehre versteht sich, daß grundsätzlich, d. h. wenn ein anderes nicht vereinbart ist, allerdings der gesamte Komplex von Sachen, Rechten und Chancen zu übertragen ist[104]).

Zu untersuchen bleibt, wie der Verkauf und die Übertragung des Unternehmens nach geltendem Recht vor sich gehen müssen.

Es ist sicherlich möglich, ein „Unternehmen", gleichgültig, aus welchen Bestandteilen es im einzelnen besteht, zu verkaufen[105]). Dies ist aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zu folgern. Die §§ 433 ff. BGB. sind entsprechend anzuwenden[106]). — Aus dem Kaufvertrag[107]) wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Unternehmen zu über-

---

104) Richtig auch hier Elster, G., II 2. Ferner fast alle übrigen, z. B. Fehr, a. a. O.; O. v. Gierke, HR., § 21,1; teilweise Müller-Erzbach, Kap. 18 V, aber Kap. 19 I 1; Düringer-Hachenburg, § 25 Anm. 7 und 11; J. v. Gierke, § 15 I 1; Staub-Bondi, Anm. 23 zu § 22 (mit weiteren Nachweisen); auch Wieland, § 23 I 1 a; vgl. auch Oppikofer, S. 125. Vgl. ebenso RG. in JW. 1912/59. — Als wenig glücklich dürfte die Berufung Koeniges, § 22 II 2, auf § 242 BGB. anzusehen sein. Vgl. dazu auch Cosack, § 63 I; Maier, W. u. R. 3/267 ff. — Undeutlich Wolff, ZfHR. 47/247 ff.; die Bedenken O. v. Gierkes, F., Anm. 4 S. 73, gegen Wolff, F., daß er das Unternehmen als selbständigen Gegenstand von dem ihm dienenden Vermögensinbegriff losreiße, dürften insofern gerechtfertigt sein.

105) So wohl die gesamte Literatur. Aus der Rechtsprechung vgl. RGZ. 70/226 ff.; 89/292; 100/203. — Nach Koenige, § 22, II 2, ist die Möglichkeit eines Unternehmensverkaufs „anerkannten Rechtens". Ähnlich spricht Staudinger, V § 90 ff. II 5, von einem „Rückhalt in der tatsächlichen Verkehrsübung".

106) Die Veräußerung des Unternehmens ist (als Abwicklungsgeschäft) auch ein Handelsgeschäft nach § 343 HGB. mit seinen besonderen handelsrechtlichen Weiterungen.

107) Der als solcher nicht formbedürftig ist. So auch die überwiegende Ansicht.

tragen, vgl. § 433 Abs. 1 BGB. Eine einheitliche Verfügung über das Unternehmen als einen Inbegriff ist ausgeschlossen[108]). Für die Veräußerung des Unternehmens besteht ferner keine Ausnahme vom Grundsatz der Sondernachfolge[109]). Eine die Notwendigkeit des Einzelerwerbs beseitigende Gesamtnachfolge kommt nur dann in Frage, wenn sie vom Gesetze bestimmt wird[110]). Vom Verkäufer sind also die einzelnen Bestandteile des Unternehmens, sofern und soweit sie überhaupt vorhanden sind, für sich gesondert zu übertragen.

3. (Anhang.) Frühere Ausführungen[111]) legen die Auffassung nahe, daß der Betriebsbegriff[112]) mit dem Unternehmensbegriff in einem Zusammenhang steht. Um festzustellen, welcher Art dieser vorerst nur vermutete Zusammenhang ist, und um damit zu erkennen, ob und gegebenenfalls welche Bedeutung dem Betriebe in der Abhandlung beizumessen ist, bedarf es einer Grundlegung dieses Begriffs.

Genau wie beim Unternehmensbegriff ist auch hier am Anfang die Beobachtung zu machen, daß eine Legaldefinition des Betriebes von grundsätzlicher Bedeutung[113]) nicht vorhanden ist. Wiederum bildet der Sprachgebrauch die Grund-

108) Streitlos. Vgl. auch Oertmann, K., V § 90, 2 b α. — Als Beispiel diene im übrigen die Erfüllung des Erbschaftskaufs (bei Alleinerbschaft) gemäß §§ 2371 ff. BGB.

109) So richtig die meisten; vgl. auch RGZ. 95/237 und 112/422.

110) So mit Recht Enneccerus-A., § 133 IV. — Eine Konstruktion des Unternehmens als Sondervermögen ist nach geltendem Recht nicht zulässig. So auch die überwiegende Meinung.

111) Vgl. z. B. oben Anm. 52 S. 12 und die S. 4 f. wiedergegebene Definition Passows.

112) Keine besondere Berücksichtigung braucht der im BGB., aber auch in anderen Gesetzen verwendete Begriff des „Erwerbsgeschäfts" zu finden. Vgl. die Definitionen von Staudinger, § 112,4; RGRKomm. § 112,1; Enneccerus-A., § 142 Anm. 7. — Über Synonyma allgemein vgl. Passow, S. 43.

113) Hierher gehört nicht der § 9 BRG., der in seinem ersten Absatz den Begriff „im Sinne des Gesetzes" bestimmt und zugleich den (allgemeinen) Betriebsbegriff verwendet, der unbestimmt bleibt. — Über den sog. Alleinbetrieb richtig u. a. Passow, S. 3 Anm. 2; zweifelhaft Dersch, ArbRPr. 3/142 ff.

lage der Untersuchung. Die Frage nach dessen Inhalt kann und darf ebenfalls wieder mit Jacobi[114]) dahin beantwortet werden, daß der Sprachgebrauch einen subjektiven, Tätigkeitsbegriff, und einen objektiven, Gegenstandsbegriff, unterscheidet[115]). Die Unterscheidung ist — immer noch genau wie beim Unternehmen — Gruppierungsmerkmal der verschiedenen Ansichten über den Betriebsbegriff. So steht auf der einen Seite die schon oben mitgeteilte[116]) subjektive Definition Passows[117]). Ihm tritt als Hauptvertreter einer objektiven Auffassung Jacobi gegenüber, der den Betrieb (insofern genau wie das Unternehmen)[118]) definiert[119]) als „eine Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln“[120]). Auch an vermittelnden Meinungen fehlt es nicht[121])[122]).

---

114) Rbg., S. 3 und 4 ff.

115) Über den Betrieb als reinen Verbalbegriff Passow, S. 37. — Es versteht sich, daß auch hier nur ein „Betrieb“ erörtert wird, der im gegebenen Zusammenhang von Bedeutung werden kann.

116) Anm. 10, S. 5.

117) Im wesentlichen ebenso Kaskel, § 81 I; vgl. auch dens., AZfA. 8/659 ff., Anm. 3; Stier-Somlo, B., I (anders in seinem Kommentar), jedoch soll es sich nach ihm um „auf Erwerb gerichtete“ Tätigkeiten handeln; ferner wohl auch Elster, G., I 2 a. A. — S. auch die bei Jacobi, Rbg., Anm. 9, angegebene Literatur des Versicherungsrechts.

118) S. oben Anm. 26, S. 9.

119) Rbg., S. 9. — Vgl. auch die dort angegebene Literatur.

120) Diese Ansicht hat eine beträchtliche Zahl von Anhängern gefunden, vgl. z. B. Hueck, L., § 15 VI; dens., AZfA. 8/663 ff.; Nikisch, § 34 I, aber nicht ohne Unstimmigkeiten; Richter, S. 108 f.; im wesentlichen auch Flatow, Anm. 4 zu § 9; Feig-Sitzler, Anm. 2 zu § 9; Warneyer, § 9,1. Auch Dersch, ArbRPr. 3/142 ff., ist hierher zu stellen; es findet nur eine nähere Charakterisierung der persönlichen Mittel statt. — Von wirtschaftswissenschaftlichen Schriftstellern vertritt wiederum Adolf Weber, S. 180, (unter Bezugnahme auf Philippovich) eine objektive Auffassung. Vgl. auch Passow, S. 29 ff., über Liefmann. — Vor Jacobi schon Stier-Somlo, K., zu § 1, 2 A. Vgl. auch Fuchs, SchlW. 1924/105 ff.

121) Vgl. Rumpf, I, im wesentlichen aber unter anderen Gesichtspunkten; Mansfeld, § 9 Anm. 2, der die Definitionen

Danach ist zum Betriebsbegriff nichts anderes als zum Unternehmensbegriff[123]) zu bemerken[124]). Besteht also im Widerspruch mit den Regeln rationeller Begriffsbildung[125]) keine Unterscheidungsmöglichkeit zwischen den beiden Begriffen?[126]) Unter Bezugnahme auf den Sprachgebrauch führt Jacobi[127]) aus, daß die zum Betriebe vereinigten Mittel einem technischen Zwecke dienen[128]). War das Unternehmen eine wirtschaftliche „Einheit", so ist der Betrieb eine technische Einheit[129]).

Danach enthält ein Unternehmen notwendig einen Betrieb. Ein technischer Zweck muß stets erreicht werden, bevor ein wirtschaftlicher zu Ende geführt werden kann.

Kaskels und Jacobis nebeneinandergestellt; zu einer objektiven Definition gelangend Pohl, S. 5 ff.

122) Außerhalb des Rahmens steht Rosenstock, S. 17 ff.

123) S. insbesondere soeben Z. 2. — Darüber, daß auch der Betrieb keine juristische Person ist, vgl. Pohl, S. 114, und die dort Anm. 3 angegebene weitere Literatur; Jacobi, Rbg., S. 15 f. mit Anmerkungen; u. a. — Über die Verselbständigung des Betriebes vgl. Pohl, S. 11 ff.; Nikisch, JhJ. 80/33 f., Anm. 35; Koenigsberger, AZfA. 1923/299 ff.; u. a. — Über den Inhaberwechsel richtig Passow, S. 10; Koenigsberger, AZfA. 1923/299 ff. (vielleicht zu eng); Jacobi, Rbg., Anm. 29; Feig-Sitzler, § 9,2; Flatow, § 9,8; Mansfeld, § 9,2; u. a.

124) Zur Unterscheidung der subjektiven und objektiven Definitionen vgl. auch Hagemann, ArbR. 18/213.

125) Vgl. auch Pohl, S. 4; Passow selbst, S. 18 ff.

126) Vgl. Eckhardt, ZfHR. 94/24 ff. Vgl. auch dens. oben Anm. 52, S. 12; unten Anm. 130, S. 26.

127) Rbg., S. 7. Ebenso Nikisch, § 34 I 2 u. 4; Richter, S. 108 f.; Hueck, § 15 VI. Wie Jacobi auch Pohl, S. 11 ff.; s. auch die Angaben bei Dersch, ArbRPr. 3/142 ff.; Dersch's „organischer" Zweck bedeutet keine Abweichung von Jacobi; ferner Mansfeld, § 9,2; Hagemann, ArbR. 18/213 f. Vgl. auch RGZ. 81/57.

128) Als unbrauchbar erscheinen die Unterscheidungen Schönfelds, S. 262 ff.; Rosenstocks, S. 30 ff. — Gegen Oppikofer, S. 14, Eckhardt, ZBH. 4/171 ff.

129) Über diese Einheit richtig Jacobi, Rbg., S. 10 ff. Wie der Text außer Jacobi, S. 23, auch die ebenda Anm. 52 angegebenen zahlreichen Vertreter der Volkswirtschaftslehre. — Hier richtig Kaskel, AZfA. 8/659 ff.

Aber es ist auch sehr wohl möglich, daß bei Vorliegen eines (einheitlichen) wirtschaftlichen Zweckes mehrere technische Zwecke verfolgt werden. Das Unternehmen kann auch mehrere Betriebe umfassen[130]).

Die Frage ist, in welcher Weise sodann die Unternehmensveräußerung auf den Bestand des Betriebes einwirkt. Ist mit dem Unternehmen stets auch der Betrieb (oder eine vielleicht vorhandene Mehrheit von Betrieben) übertragen? Wird das Unternehmen, wie es steht und liegt, veräußert, so ist die Antwort nicht zweifelhaft. Die Betriebsmittel sind zugleich Unternehmensmittel[131]), so daß die Betriebsveräußerung den gleichen Gegenstand hat, den auch die Unternehmensveräußerung erfaßt. Aber auch, wenn nur das Kernstück des Unternehmens, seien es die Chancen, sei es das, was zur Wahrung der Kontinuität übertragen werden muß[132]), veräußert wird, kann das Ergebnis kein anderes sein. Soll es sich um das gleiche Unternehmen handeln, so muß es der Erwerber so in den Wirtschaftsprozeß eingliedern, wie es der Veräußerer getan hatte[133]). Dazu ist auch erforderlich, daß er die gleichen technischen Zwecke verfolgt.

Die Untersuchung ergibt, daß die Unterscheidung zwi-

---

130) Vgl. Jacobi, Rbg., S. 23 f. Anders anscheinend Cosack, § 46 I; sehr allgemein Pohl, S. 11 ff. — Die Möglichkeit leugnet Eckhardt, ZfHR. 94/17 ff. (s. auch ZBH. 4/171 ff.), unter nicht unberechtigter Berufung auf Passow, aber ohne eigentliche Begründung. Nach ihm sind Betrieb und Unternehmen „so gut wie" gleichbedeutend. Vgl. Passow, S. 11 ff. (76) einerseits, S. 41 Anm. 3 (38) aber andererseits. — Nicht auch können mehrere Unternehmungen einen Betrieb umfassen, wie anscheinend Schönfeld, S. 262 ff., unter nicht begründetem Hinweis auf RGZ. 116/291 meint.

131) Ohne daß notwendig die Gleichung, daß die Summe der Betriebsmittel die Unternehmensmittel ausmache, aufgestellt zu werden brauchte. Vgl. dazu Rosenstock, S. 30 f.

132) Für die Vermögenstheorie kann dieser Fall nicht praktisch werden. Vgl. oben S. 20 vor Anm. 95.

133) Nicht zutreffend ist die Meinung Nikischs, § 34 I 5, daß für die Individualität (und Kontinuität) des Betriebes auch der Zweck nicht wesentlich sei. Vgl. oben S. 20, Anm. 93.

schen Betrieb und Unternehmen wenigstens in der Abhandlung rechtlich irrelevant ist. Daher können die in der literarischen Behandlung des Betriebes, der sich vornehmlich die Schriftsteller des Arbeitsrechts zuwenden, entwickelten Gedankengänge ohne weiteres der Lehre vom Unternehmen, die das Hauptinteresse der Handelsrechtswissenschaft findet, nutzbar gemacht werden[134]). — Unter den speziell betriebsrechtlichen[135]) Problemen ragt die sog. Betriebsgemeinschaft, die als Gemeinschaft des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer[136]) innerhalb eines Betriebes definiert wird[137]), hervor. Es ist möglich, durch die folgende Erörterung auch zur Klärung dieses Begriffes beizutragen und damit auch einmal das geltende Recht[138]) zur Untersuchung der Betriebsgemeinschaft heranzuziehen.

2. Abschnitt.

Der Unternehmensübergang auf Grund Verkaufs in seiner Einwirkung auf Arbeitsverträge.

Es wird folgender Fall gesetzt: Zwecks Gewinnung von Arbeitskräften für ein Unternehmen sind Arbeitsverträge abgeschlossen worden. Das Unternehmen wird veräußert. Sodann entsteht die Frage, die von nun ab den Gegenstand der Untersuchung bildet, wie die Unternehmensveräußerung auf die Arbeitsverträge einwirkt. Die Darstellung wird zunächst versuchen, einen Zusammenhang mit dem im ersten Abschnitt erörterten Unternehmen herzustellen.

134) Vgl. auch Nikisch, JhJ. 80/138.

135) Das „Unternehmen als Werksgemeinschaft" hat keine selbständige Bedeutung. So mit Recht Pohl, S. 94.

136) Vgl. auch O. v. Gierke, HR., § 20.

137) Dies ist wenigstens die überwiegende und allein bedeutsame Ansicht. Vgl. Pohl, S. 97, und das bei ihm, S. 98 Anm. 1, mitgeteilte Literaturmaterial.

138) Mit Recht beschwert sich Pohl, S. 95, darüber, daß die Betriebsgemeinschaft allzu stark unter rechtspolitischen Gesichtspunkten erörtert werde.

§ 3.

I. Unternehmen und Arbeitsvertrag.

Allen Erörterungen voran steht die Frage nach der rechtlichen Natur der Arbeitsverträge.

Arbeitsvertrag in einem ganz allgemeinen Sinne ist der Vertrag, durch den jemand einem anderen die Leistung von Arbeit verspricht. Wenn Lotmar[1]) das Moment der Entgeltlichkeit und damit das der Gegenseitigkeit hinzufügt, so liegt darin bereits eine Einschränkung. Ein Vertrag so allgemeinen Inhalts findet aus naheliegenden Gründen keine einheitliche gesetzliche Regelung. Vielmehr löst ihn die Rechtsordnung, soweit er dem hier allein in Betracht kommenden Privatrecht angehört, auf in einzelne Vertragstypen: den Dienstvertrag, Werkvertrag, Verwahrungsvertrag, Frachtvertrag usw. Diesem Arbeitsvertrag im weiteren Sinne steht ein Arbeitsvertrag im engeren Sinne gegenüber. Hierbei handelt es sich um den Arbeitsvertrag, der allein das Interesse des Arbeitsrechts findet, und als der ein Vertrag zu verstehen ist, durch den jemand die Leistung von unselbständiger Arbeit verspricht[2]). Im Rahmen der Abhandlung soll nur der Arbeitsvertrag im engeren Sinne eine Berücksichtigung finden, und damit dem Arbeitsrecht eine maßgebende Stellung eingeräumt werden. — Eine auf ihn beschränkte Untersuchung kommt zu folgenden Feststellungen. Der Vertrag gehört dem Schuldrecht an; Hauptverpflichtung aus dem Arbeitsvertrag ist die Leistung der Arbeit. Die als Treu- und Gehorsamspflicht bezeichneten Nebenverpflichtungen vermögen ein eigentümliches „soziales Personenrechtsverhältnis“[3]) nicht zu erzeugen. Die Arbeit wird in der großen Mehrzahl der Fälle gegen Lohn geleistet, vgl. auch

---

1) I, 1. Abschn., 1. Kap., I; vgl. auch 4. Kap., V, und II, 9. Abschn., 1. Kap., I.

2) Herrschende Meinung; vgl. für alle Hueck, L., § 8 Anm. 12.

3) So Potthoff, neuerdings S. 39. Ähnlich, aber zur überwiegenden Gegenmeinung überleitend Sinzheimer, Grz., S. 165; vgl. auch Pohl, S. 75 ff. — Im übrigen s. später.

§ 612 Abs. 1 BGB. Insofern ist der Arbeitsvertrag regelmäßig ein gegenseitiger Vertrag, und soll hier als solcher behandelt werden[4]). Die Parteien dieses Vertrages sind der „Arbeitgeber" und der „Arbeitnehmer".

Der (arbeitsrechtliche) Arbeitsvertrag muß unter das geltende Recht subsumiert werden. Da unselbständige Arbeit zu leisten ist, und eine Weisungsbefugnis des Arbeitgebers nur bei einer auf die Arbeit selbst, nicht auf den Arbeitserfolg gerichteten Verpflichtung in Frage kommt[5]), ist die Auffassung des Arbeitsvertrages als eines Unterfalles des Typus Dienstvertrag, nicht Werkvertrag die natürliche[6]). Ihr entspricht auch die herrschende Lehre[7]). Der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossene Arbeitsvertrag ist also nach den Vorschriften der §§ 611 ff. BGB. zu beurteilen. Diese kommen entweder primär oder, soweit sich in Spezialgesetzen wie HGB., GewO., SeemO.[8]), LandarbO. usw., besondere Vorschriften finden, subsidiär zur Anwendung.

Demnach ist für den Arbeitgeber vor allem einerseits das Recht auf Leistung der versprochenen Dienste, anderer-

---

4) Gegenseitige Arbeitsverträge sind auch der Lehr- und Volontärvertrag. Beide weisen einige Besonderheiten auf, — vgl. nur Makower, § 77 III b; Goldmann, § 77,3 II 3 —, sollen aber als allgemein nicht bedeutungsvoll aus der Betrachtung ausscheiden.

5) Vgl. O. v. Gierke, III, § 199 zu Anm. 7.

6) Allerdings ist die Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag, gerade auch hinsichtlich des Akkordlohnvertrages außerordentlich umstritten, vgl. die Kommentare, z. B. Oertmann, K., V § 611. — Die im Text gemachte Unterscheidung stützt sich auf den Wortlaut der §§ 611 und 631 BGB.

7) Vgl. z. B. Hueck, L., § 20 VII, auch H. II, S. 13 ff.; Kaskel, § 16 II; Oertmann, AV., § 3,2; dens., K., V § 611, 1 a; Ennecceruś-L., § 142 (365) II Anm. 16; v. Landmann-Rohmer, V § 105 Anm. V 6 b a. E. — A. A. Melsbach, S. 57, aber auf Grund eines weiteren Arbeitsvertragsbegriffes; Silberschmidt, § 15 III; in etwas auch Sinzheimer, Grz., S. 117 f.

8) Vgl. z. B. § 74 Abs. 2 SeemO. — Lokale Bedeutung hat § 41 (40) der Meckl.-Schw. (Strelitz'schen) Ausf.-Verordnung z. BGB., v. 9. 4. 99.

seits die Pflicht zur Gewährung der vereinbarten Vergütung begründet, § 611 BGB.

Sind Arbeitsverträge zwecks Gewinnung der nötigen Arbeitskräfte für ein Unternehmen abgeschlossen worden[9]), so ist, solange das Unternehmen Rechtssubjektivität nicht erlangt hat, der Unternehmensinhaber bzw. der Unternehmer als Arbeitgeber berechtigt und verpflichtet[10]). Es entsteht aber die Frage, ob nicht die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverträgen zum Unternehmen als einem Inbegriff von Sachen, Rechten und Chancen oder als Sondervermögen gehören. Die Antwort darauf kann nach den früheren Ausführungen[11]) kaum noch zweifelhaft sein. Es handelt sich bei den Ansprüchen auf die Arbeitsleistung um Vermögensrechte, die dem Unternehmen zugeordnet sind. Die Schriftsteller, die dementsprechend die Dienstleistungsansprüche als Aktiva eines Unternehmens bezeichnen[12]), sind im Recht. Es versteht sich, daß demgemäß die Pflichten aus den Arbeitsverträgen auf der Passivseite des Unternehmens stehen.

Wird das Unternehmen verkauft, so ist die Rechtslage eine andere, je nachdem, welche der drei Meinungen über das Unternehmen[13]) zu Grunde gelegt wird.

---

9) So schon oben; auf andere Arbeitsverträge kann die Unternehmensveräußerung naturgemäß überhaupt keine Einwirkung zeigen.

10) S. oben § 2 Z. 2. Vgl. auch Passow, S. 91 f.; Jacobi, Rbg., S. 15 f. Anm. 39.

11) Vgl. besonders die „persönlichen Mittel".

12) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 25 Anm. 2; J. v. Gierke, § 14 pr.; Lehmann-Ring, Anm. 2 zu § 25 Nr. 2; Staub-Bondi, § 25 Anm. 22; Locher, § 10,1; Elster, G., II 2; O. v. Gierke, HR., § 20; Brand, § 22,5 II; Makower, § 22 I d 2; Domke, S. 15 ff. Aus der älteren Literatur: Behrend, Lehrb. d. Handelsrechts, 1886, § 37. Daneben weitere, wenigstens indirekt. Nur scheinbar anders Wieland, § 21 Anm. 16, vgl. ebenda IV, § 22 II 1 pr. Vgl. auch ROHG. 1/7, in etwas ferner Oppikofer, S. 125 ff. (unter rechtspolitischen Gesichtspunkten) und Molitor, A. u. B., S. 26 f. — Zu denken ist auch an den industrial goodwill des englischen Rechts. — Eine Gegenmeinung besteht nicht.

13) Hierzu und zum folgenden vgl. oben § 2 Z. 2.

Nach den Vermögenstheorien ist der Verkäufer eines Unternehmens aus dem Kaufvertrag verpflichtet, die Ansprüche aus den Arbeitsverträgen an den Käufer abzutreten[14]). Der Käufer muß die Pflichten aus ihnen übernehmen[15]). — Nach der herrschenden Lehre bestehen diese Verbindlichkeiten nur im Zweifel[16]).

Dabei kann die Bekanntgabe der Unternehmensveräußerung als Abtretungsanzeige im Sinne des § 409 BGB. angesehen werden[17]).

Haben schließlich die Schementheorien zu gelten, so ist unter einer Voraussetzung die Rechtslage die gleiche wie nach der herrschenden Lehre. Auch auf die Rechte (und Pflichten) aus den Arbeitsverträgen müssen die §§ 96 ff. BGB. analog angewendet werden. Zu bemerken ist, daß Pisko selbst[18]) nicht so weit geht.

Die große Frage lautet: Welche der Definitionen ist als die richtige anzusehen? Die Antwort soll sich aus der sogleich folgenden Untersuchung ergeben.

Es ist zweckmäßig, zunächst vorauszusetzen, daß die Parteien des Veräußerungsvertrages die Übertragung der Ansprüche auf die Dienstleistung und die Übernahme der

---

14) Vgl. dazu oben § 2 Z. 2 a. E.

15) Wie dies im einzelnen geschieht, wird später dargelegt werden können. — Die Frage des Kennens oder Kennenmüssens ist mit Plum, G. u. R. 9/408 ff., für belanglos zu halten. Vgl. auch Brand, § 22 5 I; Cosack, § 63 II 3 a β; gegen viele. — Darüber, daß das „Vermögen" stets nur Aktivvermögen ist, Ennecerus-N., § 124 I 4.

16) Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Hueck, L., § 51 IV nach Anm. 13. Es fehlt bei ihm aber die (erforderliche) Bezugnahme auf den Unternehmensbegriff. Daher mangelt es der „Interessenlage der Veräußerungsvertragsparteien", von der H. ausgeht, an der inneren Begründung.

17) Zu beachten ist auch der § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB. Vgl. Hueck a. a. O., Anm. 14; ebenso Staudinger, § 613 III 4 b α. Verfehlt ist die Fragestellung Vanselows, SchlW. 1922/95 ff. a. E. Nicht klar auch Schulz-Schäffer. — Auf den § 25 HGB. wird allgemein noch unten zurückzukommen sein.

18) S. die Stelle in Anm. 33 S. 9. — Insofern befindet sich P. in Übereinstimmung mit der oben so genannten „reinen" Lehre.

Verpflichtungen aus den Arbeitsverträgen nicht ausgeschlossen haben. Dabei wird sich zeigen, ob die Rechtsordnung dem Übergang der Rechte und Pflichten Hindernisse in den Weg legt. Hierauf soll auch der gegenteilige Fall untersucht werden. Daraus wird die Entscheidung gewonnen werden können, ob dem Willen der Veräußerungsvertragsparteien in dieser negativen Richtung freier Spielraum gelassen ist.

II. Der Arbeitsvertrag.

§ 4.

1. Der Anspruch auf die Dienstleistung.

In der Tat ist es nun nach dem geltenden Recht nicht schlechthin zulässig, die Ansprüche aus den Arbeitsverträgen zu übertragen. Während nach der allgemeinen Vorschrift des § 398 BGB. Forderungen vom Gläubiger durch Vertrag mit einem Dritten an diesen abgetreten werden können, bestimmt der § 613 BGB. in seinem zweiten Satz, daß die Ansprüche auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar sind.

Dieser Vorschrift kann insofern Genüge getan werden, als der Veräußerer eines Unternehmens aus dem Grundsatz, daß die Dienstansprüche nicht übertragbar sind, die Folgerungen zieht und den Arbeitnehmern rechtzeitig kündigt. Es soll hier nicht im einzelnen von den Schwierigkeiten die Rede sein, die einer solchen rechtzeitigen Kündigung entgegenstehen. Hinzuweisen wäre auf die langen gesetzlichen Kündigungsfristen für kaufmännische Angestellte in den §§ 66, 67 HGB., die durch das Kündigungsschutzgesetz vom 9. 7. 1926 z. T. noch weiter ausgedehnt werden. Zu denken wäre ferner an die Kündigungsschutzvorschriften des Betriebsrätegesetzes und einer Reihe von Spezialgesetzen, schließlich an vereinbarte Kündigungsfristen von längerer Dauer, sowie an Arbeitsverträge, die für eine festbestimmte Zeit abgeschlossen worden sind. Es fragt sich aber, ob der Veräußerer diese den Interessen der Veräußerungsvertragsparteien zuwider laufenden Konsequenzen auf sich nehmen muß.

Sollte nicht vielmehr eine restriktive Auslegung des § 613 Satz 2 BGB. möglich und geboten sein?

Tatsächlich handelt denn auch eine umfangreiche in der Literatur durchgefochtene Kontroverse über die Frage, ob der § 613 Satz 2 BGB. auch bei der Veräußerung eines Unternehmens zu gelten habe, oder ob in diesem Falle eine „Ausnahme" zu machen sei.

So behauptet zunächst Vanselow[19]), daß für den Anspruch auf die Dienstleistung das Zessionsverbot des § 400 BGB. gelte. Zu diesem Ergebnis gelangt er durch folgende Überlegung. Da der § 613 den Dienstleistungsanspruch für unübertragbar erkläre, komme auf ihn der § 851 Abs. 1 ZPO. zur Anwendung. Hiernach sei die Forderung der Pfändung nicht unterworfen. Da aber dies der Fall sei, könne sie gemäß § 400 BGB. auch nicht abgetreten werden. — Offenbar liegt ein Trugschluß vor. Für die Deduktion ist gar nicht der § 400 BGB., sondern der § 613 Satz 2 BGB. maßgebend. Dieser Paragraph aber enthält nachgiebiges und nicht zwingendes Recht. — Vanselow behauptet dann aber ferner, daß der Anspruch auf die Dienstleistung ausnahmsweise übertragbar sei. Und zwar soll nach ihm der § 613 Satz 2 BGB. nicht auf die Dienstleistungen niederer Art zur Anwendung kommen[20]). Unter derartigen Dienstleistungen sollen regelmäßig nur die der ungelernten Arbeiter verstanden werden. — Diese Unterscheidung kann (auch für den Fall der Unternehmensveräußerung) nicht aufrechterhalten werden[21]). Die Darstellung der richtigen Ansicht wird dies erweisen[22]).

Vorsichtig in seiner Formulierung ist Kaskel[23]). Er

19) SchlW. 1922/95 f.

20) Dies unter Berufung auf Staudinger, II 1, 7. u. 8. Aufl., § 399 Anm. 2a, der aber von Dienstleistungen niederer = vertretbarer Art spricht.

21) Konsequent erklärt Meissinger, AZfA. 1924/521 ff., die Dienstansprüche gegen die ungelernten Arbeiter für unübertragbar.

22) Vgl. unten S. 39 f.; vgl. auch Hueck, L., §§ 31 II, 51, Anm. 9.

23) § 28 II.

erklärt, daß im Falle der Veräußerung eines Unternehmens der Dienstleistungsanspruch nicht „ohne weiteres" übertragbar sei[24]). Darunter könnte sich die richtige Ansicht verbergen; denn, daß dies nicht ohne weiteres möglich ist, ergibt sich eben aus § 613 Satz 2 BGB. Indessen stellt Kaskel diesen Fall in Gegensatz zur Erbfolge in ein Unternehmen und nimmt hier die Übertragbarkeit an, da sie für diesen Fall als stillschweigend vereinbart anzusehen sei. — Warum dies nicht auch für die Unternehmensveräußerung gelten soll, wird nicht nachgewiesen. — Daß die Übertragbarkeit der Dienstansprüche wünschenswertes Ergebnis ist, erkennt Kaskel dadurch an, daß er es auf einem Umwege erzielen will. Die Ankündigung der Unternehmensveräußerung den Arbeitnehmern gegenüber soll bedeuten die Kündigung der Arbeitnehmer zum nächstzulässigen Kündigungstermin und zugleich das im Namen des Erwerbers abgegebene Angebot zur Fortsetzung der Arbeitsverträge. Wird dieses Angebot (stillschweigend) angenommen, so tritt der Erwerber „in das gesamte Schuldverhältnis" ein. — Es mag hier dahingestellt bleiben, ob einer solchen Ankündigung eine derart umfassende Bedeutung beigelegt werden darf. An dieser Stelle ist wichtig zu bemerken, daß bis zum Eintritt des Kündigungstermines die Arbeitnehmer dem Veräußerer zur Dienstleistung verpflichtet sind. Ist das Unternehmen aber vorher dem Erwerber übertragen, wie Kaskel sehr generalisierend annimmt, so entsteht die weitere Frage, wie sie ihre Verpflichtung bis dahin zu erfüllen haben. Hierzu behauptet Kaskel, daß der Veräußerer die Leistung der Dienste an den Erwerber als seinen Vertreter in der Annahme verlangen kann[25]). Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß dieser Umweg nicht in jedem Falle gangbar

---

24) So auch Brand, § 22,5 II; im übrigen s. unten.

25) Ähnlich will Silberschmidt, § 15 IV, die Übertragung der Ausübung der Arbeitgeberstellung zulassen. Vgl. auch Nikisch, § 16 IV 1. Richtig O. v. Gierke, III, § 199 Anm. 57. — Der gleiche Gedanke, wie er bei Kaskel auftritt, wird in abgeschwächter Form, — dazu s. unten —, schon von Makower, § 22 III h, verwendet. — Vgl. auch Enneccerus, I 2, § 284.

ist, andererseits aber, daß die gegen die Übertragbarkeit der Dienstansprüche etwa vorzubringenden Bedenken der Konstruktion in gleicher Weise entgegenstehen[26]).

Gegen die Umstoßung des Grundsatzes des § 613 BGB. wendet sich auch Schulz-Schäffer[27]), ohne aber das Vorhandensein von Ausnahmen zu leugnen. Solche Ausnahmen sind nach ihm dann gegeben, wenn es sich um untergeordnete Dienste handelt, und juristische Personen oder Gesellschaften Inhaber des Unternehmens sind. — Daß die Kategorie der untergeordneten Dienste für eine Unterscheidung unbrauchbar ist, wurde bereits angedeutet. Wenn andererseits juristische Personen und Gesellschaften eine besondere Behandlung finden sollen, so steckt darin der Hinweis auf die persönliche Natur der Dienstverhältnisse[28]). Insofern läßt sich, wie später auszuführen ist, ein richtiger Kern in dieser Auffassung feststellen. An der weiteren Ausbildung dieses Gedankens mag Schulz-Schäffer durch seine Rücksichtnahme auf die für den Praktiker maßgebliche Rechtsprechung des Reichsgerichts verhindert gewesen sein. Er empfiehlt, sich bei der Veräußerung des Unternehmens des Einverständnisses der Arbeitnehmer zur Übertragung der Dienstansprüche zu vergewissern oder zu kündigen[29]), denn auch das Reichsgericht spreche sich gegen die Abtretbarkeit aus.

In der von Schulz-Schäffer angezogenen Entscheidung[30]) meint nun das Reichsgericht allerdings, daß weder dem Käufer eines Geschäfts noch den Angestellten zugemutet werden könne, den von einem anderen abgeschlossenen Dienstvertrag fortzusetzen. Es handele sich um ein Vertrauensverhältnis. — Die Entscheidung trifft hinsichtlich des Käufers nicht das Richtige. Dem Käufer wird nichts zugemutet, was nicht auch in seinem Interesse läge. Wenn das Reichsgericht hinzufügt, anderenfalls könne der Ver-

26) Vgl. Hueck, L., § 51 Anm. 10 a. E.
27) A. a. O.
28) Vgl. auch Silberschmidt a. a. O.
29) Ähnlich Kallee-Gros, unter „Rechtsnachfolge", S. 526 f.
30) RGZ. 58/257.

käufer vielleicht keinen Käufer für sein Unternehmen finden, so beruht dies auf einer Verkennung der Sachlage. Will der Käufer die Arbeitskräfte nicht übernehmen, so mag die Übertragung ausgeschlossen werden. Andererseits läßt sich die Entscheidung hinsichtlich des Angestellten dazu verleiten, die persönliche Natur des Arbeitsvertrages zu verallgemeinern und damit in ihrer Bedeutung weitgehend zu überspannen. Es muß übrigens fraglich erscheinen, ob das Reichsgericht nach seiner Entscheidung vom 6. 2. 1923, in der es der Betriebsgemeinschaft eine (über den Rahmen des geltenden Rechts hinausgehende) Rolle beimißt, auf diesem Standpunkt beharrt[31]).

Staub-Bondi[32]) wollen die Übertragbarkeit der Dienstansprüche anerkennen, falls sich weder der Leistungsinhalt ändert, noch sonstige stichhaltige Gründe dagegen sprechen[33]). Damit wird deutlich Bezug genommen auf den § 399 BGB., der noch zu erörtern ist. Andererseits wird auf Titze[34]) verwiesen. Eine Unsicherheit tritt auch dadurch zutage, daß Staub sich veranlaßt sieht, eine Konstruktion mitzuteilen, mit der ein demjenigen Titzes nahekommendes Ergebnis erreicht werden soll. Und zwar geht die Überlegung dahin, daß der Veräußerer nach der Übertragung des Unternehmens nicht mehr in der Lage sei, die Dienstleistungen der Arbeitnehmer anzunehmen. Er komme demgemäß in Annahmeverzug und habe den Lohn nach § 615 BGB. fortzuzahlen. Nach der gleichen Vorschrift habe sich aber der Arbeitnehmer anrechnen zu lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste zu erwerben böswillig unterläßt. Dieser Fall trete nun regelmäßig ein, wenn er in dem veräußerten Unternehmen nicht fortarbeite[35]).

31) RGZ. 106/275 f. — Vgl. ferner RGZ. 113/89, aber auch RG. in JW. 1924/177, wo es auf RGZ. 58/257 zurückgreift.

32) § 70 Anm. 27.

33) So auch ROHG. 18/370 ff.; Wieland, § 24 Anm. 79; Dernburg, § 307, S. 395 Anm. 1; Brand, § 59, 3 B a; Baum, § 613,2 und § 626,8 d.

34) S. unten.

35) Ebenso Schulz-Schäffer und Kallee-Gros; GewuKfmG. 13/340 (zitiert nach Staub); Brand, § 22,5 II;

Dadurch werde dann der nötige Druck auf den Arbeitnehmer ausgeübt. — Die Richtigkeit dieser Konstruktion soll nicht in Frage gestellt werden[36]). Möglicherweise geben auch die Arbeitnehmer dem auf sie ausgeübten Druck nach. Aber sie schließen dann neue Arbeitsverträge ab, eine Übertragung der Dienstleistungsansprüche wird nicht erreicht[37]).

Diesen Anschauungen gegenüber vertritt Titze[38]) die Auffassung, daß der § 613 Satz 2 BGB. seine Begründung dem § 399 BGB. entnehme. Der Grundsatz der Unübertragbarkeit sei deswegen aufgestellt, weil nach der Meinung des Gesetzgebers die Übertragung eine Inhaltsänderung bedeute. Unter diesen Umständen könne die Vorschrift keine Anwendung finden, wenn eine Inhaltsänderung nicht vorliege. Dies sei aber dann der Fall, wenn das Unternehmen veräußert werde; die Dienstpflicht bleibe die gleiche. — Der Ansicht ist entgegenzuhalten, daß sie — in dieser Formulierung — bei weitem das Maß des rechtlich Nötigen und Möglichen überschreitet. Dies wird sich alsbald herausstellen.

Allen bisher erörterten Meinungen ist gemeinsam, daß

Makower, § 22 III h, s. auch oben Anm. 94 S. 20; wie Makower auch Ritter, § 59,6 a. E.

36) Anlaß zu Zweifeln gibt das Erfordernis der „Böswilligkeit". Mit Enneccerus, I 2, § 269 Anm. 19, — vgl. auch Goldmann, § 70,1 III 1 d bb, der im übrigen (aa) bei dieser Lösung stehen bleibt —, ist zu verlangen, daß der Arbeitnehmer den Erwerb durch anderweitige Arbeit „in einer die Interessen des Gegners gegen Treu und Glauben verletzenden Weise" unterließ, damit eine Anrechnung erfolgen kann. Es kann nun in der Tat angenommen werden, daß der Arbeitnehmer, der in dem veräußerten Unternehmen nicht weiterarbeitet, regelmäßig die Interessen des Arbeitnehmer-Veräußerers in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise verletzt. Er ist regelmäßig als Arbeitskraft in das Gefüge des Unternehmens eingespannt, ein Interesse an einer Herauslösung bei der Unternehmensveräußerung besteht für ihn regelmäßig nicht. Das Nähere ist späterer Darstellung vorzubehalten.

37) So auch hier mit Recht Hueck, L., § 51 Anm. 10.

38) 2. Kap., § 123,4. Auf ihn verweist Enneccerus-L., § 143 (366) II 3 Anm. 3; vgl. auch Planck, § 613 Anm. 3; ferner Erdel II, S. 99. In seinem „Recht der Schuldverhältnisse" (bei Kohlrausch-Kaskel), 3. Aufl. 1928, § 44,2, nimmt Titze nicht mehr auf den § 399 BGB. Bezug.

sie sich auf eine sekundäre Frage beziehen. Eine Auslegung des § 613 Satz 2 BGB., sei sie nun restriktiv oder nicht, kann nur dann in Frage kommen, wenn die Anwendung des Paragraphen nicht zu einem vernünftigen und daher als vom Gesetzgeber gewollt anzunehmenden Ergebnis führt. Nun lautet aber diese Vorschrift gar nicht, daß der Anspruch auf die Dienste unübertragbar sei, sondern nur, daß solches im Zweifel gelte. Die Vorschrift ist bloße Auslegungsregel[39]). Die Unübertragbarkeit der Dienstleistungsansprüche wird zurückgeführt auf den mutmaßlichen Willen der Arbeitsvertragsparteien[40]). Ist ein gegenteiliger Wille zum Ausdruck gekommen, so hat also der Grundsatz seine Geltung verloren. Zu untersuchen ist daher zunächst, ob nicht mit einem Willen der Arbeitsvertragsparteien zu rechnen ist, demzufolge die Rechte auf die Arbeitsleistung im Falle der Unternehmensveräußerung übertragbar sind.

Dies muß sicherlich dann geschehen, wenn der Veräußerer-Arbeitgeber mit den Arbeitnehmern von vornherein (oder auch bei Abschluß des Veräußerungsvertrages) die Übertragbarkeit ausdrücklich vereinbart hat. Als ausreichend muß es aber auch angesehen werden, wenn einem solchen Willen durch schlüssiges Verhalten der Parteien Ausdruck verliehen ist[41]). Die Frage ist nur, ob dies der Fall sein kann.

Was vorerst die Arbeitgeberseite anbetrifft, so darf behauptet werden, daß der Arbeitgeber, der zwecks Gewinnung der Arbeitskräfte für sein Unternehmen Arbeitsverträge abschließt[42]), die Verträge nur deswegen an sich bindet, weil rechtlich eine andere Möglichkeit nicht besteht. Sein Interesse und sein Wille gehen von vornherein und primär dahin, an die Arbeitsverträge nicht mehr gebunden zu sein, wenn das Unternehmen, dem sie dienen, nicht mehr in seiner Hand

39) Allgem. Meinung; vgl. etwa Staudinger, § 613 I 2; Oertmann, K., § 613 Anm. 1; s. a. Protokolle 2,278/279 (Motive 2,457).

40) S. Enneccerus-N., § 45 II. Insoweit richtig auch Schulz-Schäffer.

41) Oertmann a. a. O.

42) Dazu s. oben § 3, Anm. 9 S. 30.

ist. Die sich aus den Verträgen ergebenden Rechte sind dann für ihn nutzlos. Im übrigen ist nicht zu übersehen, daß Arbeitgeber und Veräußerer identisch sind. Jedenfalls ergibt sich also nachträglich diese Willensrichtung des Arbeitgebers aus seiner Eigenschaft als Partei des Veräußerungsvertrages.

Problematisch ist es, ob man auch für die Arbeitnehmerseite zu der Feststellung gelangen darf, daß ein Wille auf Übertragbarkeit der Dienstansprüche bei Veräußerung des Unternehmens bzw. Betriebes[43]), in dem die Arbeitnehmer tätig sind, ohne weiteres zu Grunde gelegt werden kann.

In Anbetracht der für die Arbeitnehmer begründeten Interessenlage muß ein Doppeltes unterschieden werden. Das Interesse des Arbeitnehmers kann einmal dahingehen, durch Abschluß des Arbeitsvertrages lediglich eine Arbeitsstelle im Betriebe zu erhalten[44]). Andererseits kann es für den Arbeitnehmer von Wert sein, gerade dem bestimmten Unternehmensinhaber gegenüber (berechtigt und) verpflichtet zu sein. Fraglich ist, welches Interesse maßgebenden Einfluß gewinnt. In dieser Hinsicht kann behauptet werden, daß ein Interesse der ersten Art (und die ihr entsprechende Willensrichtung) der Arbeitnehmer nicht nur in der großen Mehrzahl der Fälle vorliegt, in denen es sich um einen schon an sich „unpersönlichen" Unternehmensinhaber, etwa eine juristische Person oder eine Gesellschaft handelt[45]). Vielmehr wird es vielfach auch bei Bestehen von Arbeitsverträgen mit Einzelpersonen als Arbeitgebern vorhanden sein. Zu denken ist an größere Unternehmungen, deren Inhaber, der naturgemäß auch eine einzelne natürliche Person sein kann, den Arbeitnehmern vielleicht nur oder nicht einmal dem Namen nach bekannt ist[46]). Überall sind Interesse und

43) Zu dieser Gleichsetzung vgl. oben § 2 Z. 3.

44) Die Arbeitsstelle aber bleibt die gleiche, auch wenn der Unternehmensinhaber wechselt. Vgl. auch oben § 2, Z. 2.

45) Vgl. Schulz-Schäffer, oben S. 35.

46) Vgl. Nikisch, JhJ. 80/33 ff., auch Anm. 34; Nehrkorn, ArbRuSchl. 12/150 ff.

Wille der Arbeitsvertragsparteien dem im § 613 Satz 2 BGB. zugrunde gelegten Willen entgegengesetzt. Aber es gibt auch andere Fälle. Das oben an zweiter Stelle genannte Interesse wird für solche Arbeitnehmer, denen ein Inhaber von Unternehmungen geringen Umfangs als Arbeitgeber gegenübersteht, als maßgebend anzusehen sein. Auf der anderen Seite kommt es aber auch bei größeren Unternehmungen in Betracht, und zwar um so mehr, je geringer die „Entfernung" zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber ist. Hier trifft also § 613 Satz 2 BGB. in seiner Voraussetzung zu.

Diese Sachlage vermag nun nicht mehr und nicht weniger zu rechtfertigen, als die aus der Betrachtung der großen Masse der Arbeitnehmer gewonnene Auslegungsregel aufzustellen, daß für den Fall der Unternehmensveräußerung die Ansprüche auf die Arbeitsleistung übertragbar sind[47]). Es ist einmal die Konsequenz zu ziehen, daß der § 613 Satz 2 BGB. (für die Unternehmensveräußerung) seine Geltung verliert, daß also eine restriktive Auslegung dieser Vorschrift geboten ist[48]). Dies würde nur dann nicht notwendig (und zulässig) sein, wenn ein einheitliches, den Grundsatz derogierendes Interesse der Arbeitsvertragsparteien feststellbar wäre. Eine Vereinigung zweier Auslegungsregeln entgegengesetzten Inhalts aber ist ausgeschlossen[49]). Andererseits kann aber die restriktive Auslegung des § 613 Satz 2 BGB. auch nur dahin gehen, daß (im Falle der Unternehmensveräußerung) der Anspruch auf die Dienste *im Zweifel* übertragbar ist. Die geschilderte Sachlage läßt nicht die Folgerung zu, daß (im Falle der Unternehmensveräußerung) der Anspruch auf die Dienste (schlechthin) übertragbar sei. Dies

47) So in der Tat der Entwurf eines AABG., s. unten § 8. — Die Konstruktion einer stillschweigenden Substitutionsermächtigung durch *Demelius*, JhJ. 72/275 f. (Z. 11), ist (notwendig) als überflüssig anzusehen, denn sie sieht sich den gleichen Problemen gegenübergestellt.

48) Vgl. für alle *Enneccerus*-N., § 52, § 54 II.

49) So kann nunmehr die Methode der zu Beginn des Paragraphen erörterten Ansichten, — dazu oben S. 37 f. —, als richtig bestätigt werden.

scheint die Meinung Hueck's[50]) und Nipperdey's[51]) zu sein. Denn bei beiden findet sich die Bemerkung, daß der § 613 Satz 2 BGB. schlechthin „nicht gilt".

Eine derartige Ansicht würde dann zu Recht bestehen, wenn der Grundsatz des § 613 Satz 2 BGB. bei der Unternehmensveräußerung stets ausgeschaltet wäre. Aus der soeben angestellten Betrachtung der Interessenlage wurde aber das Ergebnis gewonnen, daß in einem, wenn auch kleineren Teil der Fälle ein Interesse der Arbeitnehmer daran besteht, gerade zu dem bestimmten Unternehmensinhaber in Rechtsbeziehungen zu treten. Hier soll also der Arbeitgeber nicht in der Lage sein, die Ansprüche aus den Arbeitsverträgen zu übertragen. Und dieses Interesse ist durchaus der Berücksichtigung wert. Wohl überall[52]) ist der durch den § 613 Satz 2 BGB. zum Ausdruck gelangte Rechtsgedanke der personenrechtlichen Natur des Arbeitsvertrages erkannt worden. Aus ihm folgt, — und hätte gefolgert werden sollen —, daß kein Arbeitnehmer sich die Überweisung an einen anderen Arbeitgeber gefallen zu lassen braucht; daß Treue und Gehorsam, die er seinem Vertragspartner schuldet, nicht

50) L., §§ 31 II, 51 III; vgl. auch H. II, § 7 IV. Die in L., § 51 III, durchgeführte Art der Untersuchung ist widerspruchsvoll. Ausgegangen wird davon, daß § 613 Satz 2 BGB. Auslegungsregel ist, die durch gegenteiligen Parteiwillen außer Kraft tritt. Die Untersuchung der Regelfälle und die Berücksichtigung von außerhalb des Parteiwillens liegenden Momenten veranlassen sodann die Aufstellung einer dem § 613 Satz 2 BGB. entgegengesetzten Auslegungsregel. Durch sie wird der Arbeitgeber dann aber angeblich befähigt, den Anspruch auf die Arbeitsleistung „auch gegen den Willen der Arbeitnehmer" auf den Erwerber zu übertragen. Wenn und — allerdings — soweit das Interesse für die Willensbildung der Arbeitnehmer maßgebend ist, kann der Arbeitgeber den Anspruch niemals gegen ihren Willen übertragen. Denn die Auslegungsregel gründet sich auf dem Interesse und mutmaßlichen Willen der Arbeitnehmer.

51) Bei Staudinger, § 613 III 3,4 b α, auch I 2. — Jedoch ist auch von stillschweigender Vereinbarung die Rede. — Vgl. auch Mosse-Heymann, § 613 BGB. Anm. 2.

52) Vgl. für alle arbeitsrechtlichen Schriftsteller Hueck, L., § 20 VI; ferner auch J. v. Gierke, § 14 pr.; O. v. Gierke, III, § 199 IV 2; Cosack, § 57 I 1 a; besonders auch Pohl,

Dinge sind, die dem Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihn selbst einer beliebigen Person gegenüber zugemutet werden können. Der Interessenlage angemessen ist daher nur eine Auslegungsregel des Inhalts, daß (im Falle der Unternehmensveräußerung) die Ansprüche aus den Arbeitsverträgen *im Zweifel* übertragbar sind. Sie bringt zum Ausdruck, daß ein dem Grundsatz entgegengesetztes Interesse Berücksichtigung zu finden hat. Nur auf diese Weise ist auch den Regeln der Gesetzesauslegung entsprochen[53]). Freilich wird nur allzu oft übersehen, daß sie bei diesem Fragenkomplex in Betracht gezogen werden müssen.

Die Unterschiede zwischen der bekämpften und der hier vertretenen Ansicht gleichen sich allerdings aus, wenn der § 399 BGB. herangezogen wird. — Darüber kann nicht wohl ein Streit bestehen, daß der § 399 BGB. nicht gilt, sobald der § 613 Satz 2 BGB. zur Anwendung kommt[54])[55]). Ein Nebeneinander beider Vorschriften ist ausgeschlossen, weil sich ihr Inhalt überschneidet. Der § 613 Satz 2 BGB. statuiert die Übertragbarkeit der Ansprüche aus den Dienstverträgen, sofern die Parteien sie vereinbart haben. Die Er-

---

S. 77 ff. — Vgl. auch die Bemerkung *Rosenstocks*, S. 14, daß die Arbeitskraft keine Ware ist, der aber diesem Gedanken in seinen späteren Ausführungen keinen maßgebenden Einfluß einräumt; hierzu vor allem aber *Kaufen*, ArbGer. 35/428 ff. a. E. — Über *Potthoff* oben § 3, Anm. 3 S. 28, sowie dens., S. 42 ff. 1 c. Demgegenüber stellt P., ArbRPr. 1/5 ff., die Behauptung auf, daß der Grundsatz des § 613 Satz 2 BGB. „in der Praxis längst zum alten Eisen geworfen sei", ohne deswegen aber über die hier gefundene Lösung hinauszuführen. Vgl. auch ArbR. 17/687 ff., AZfA. 11/283 ff.

53) Vgl. etwa *Enneccerus*-A., § 52, auch § 54 II, in dem gesamten Zusammenhang.

54) Eine selbständige Bedeutung gewinnt § 399 BGB. in der Entscheidung des OLG. Rostock in OLG. 20/157 f. — *Oertmann*, AV., § 30 1 b, gewährt dem Arbeitnehmer bei „Nichtzumutbarkeit" die fristlose Kündigung. Ähnlich *Titze*, § 124,2, und *Erdel* II, S. 99. Vgl. auch RGRKomm. § 613,2.

55) Über das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander überhaupt: *Planck*, § 398/99,1; RGRKomm., § 398/399,2; *Staudinger*, § 399 I 1 a und 2.

örterung der Frage, ob der Arbeitgeberwechsel als solcher eine inhaltliche Veränderung der Arbeitsleistung bedeute, ob also § 399 1. Halbs. BGB. Anwendung zu finden habe, wird damit abgeschnitten. Andererseits geht die Vorschrift des § 399 2. Halbs. BGB., daß Forderungen nicht abgetreten werden können, wenn die Abtretung durch Vereinbarung von Schuldner und Gläubiger ausgeschlossen ist, namentlich hinsichtlich der Beweislast über § 613 Satz 2 BGB. hinaus. Dies ändert sich, wenn nun (auf Grund restriktiver Auslegung) eine dem § 613 Satz 2 BGB. entgegengesetzte Auslegungsregel Platz zu greifen hat. In diesem Falle kommt die Vorschrift des § 399 2. Halbs. BGB. in der Auslegungsregel zur Anwendung. Erklärt man die Dienstansprüche (bei einer Unternehmensveräußerung) für schlechthin übertragbar, beachtet aber im übrigen den § 399 BGB., so können daher Abweichungen von der hier vertretenen Ansicht nicht mehr festgestellt werden.

Die hier vertretene Ansicht ist in der Literatur nicht in aller Schärfe herausgearbeitet worden. Eine vielfach auftretende Version[56]) lautet, daß die Dienstleistungsansprüche (im Falle der Unternehmens- bzw. Betriebsveräußerung) übertragbar seien, wenn der Arbeitnehmer für den nun veräußerten Betrieb angenommen sei, die Dienste für das Unternehmen bestimmt seien. Damit wird wenig genug gesagt. Denn jeder Arbeitsvertrag, auf den die Unternehmens-

56) Vgl. Oertmann, AV., § 30,1 b; dens., K., § 613,1; Düringer-Hachenburg, § 70 Anm. 13; Staudinger, § 399 I 2; allgemein auch Groh, S. 88; Richter, S. 76; Müller-Erzbach, Kap. 29 C VIII 1; Hoeniger, § 4 IV 2; Oppikofer, S. 129 (rechtspolitisch). — Klarer O. v. Gierke, III, § 199 Anm. 57; Oertmann, K., § 399, I a α; Warneyer, § 399 I; Demelius, JhJ. 72/275 f.; Koenige, § 59,5; Heinsheimer-G., S. 47 Anm. 2; Heck, § 111,5; Nehrkorn, ArbRuSchl. 12/150 ff.; Dersch, ArbRPr. 3/181 ff. Vgl. auch Goldmann-Lilienthal, § 169,3 Anm. 4. — Der Gedanke der Unternehmensverbundenheit findet sich auch bei Meissinger, AZfA. 1924/521 f., ohne daß aber die richtigen Folgerungen gezogen werden. — Vgl. auch Molitor, A. u. B., S. 38 ff.; dens., AZfA. 11/109 ff.

veräußerung überhaupt eine Einwirkung zeigen kann, ist im Rahmen des Unternehmens abgeschlossen[57]). Wesentlich ist dagegen die oftmals gleichsam zur Illustration solcher Auffassung vorgetragene Ansicht, es sei anzunehmen, daß ein stillschweigend zum Ausdruck gelangter, dem Grundsatz des § 613 Satz 2 BGB. entgegengesetzter Wille der Vertragsparteien vorliege. Denn eine derartige Formulierung läuft auf eine Auslegungsregel, wie sie oben für richtig befunden wurde, hinaus.

Ob sich die hier vertretene Ansicht auch auf Gewohnheitsrecht berufen kann, ist nicht nachzuweisen[58]).

Im weiteren Verlauf der Darstellung werden nunmehr übertragbare und unübertragbare Dienstansprüche zu unterscheiden sein. Die Rechtslage kann jedoch insofern eine Vereinfachung erfahren, als ursprünglich unübertragbare Dienstansprüche nicht nur durch spätere ausdrückliche, sondern auch durch spätere stillschweigende Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien diese Eigenschaft verlieren können. Ein entsprechendes schlüssiges Verhalten der hier in Frage stehenden Arbeitnehmer liegt etwa dann vor, wenn auch sie ihre Arbeitsleistungen trotz Veräußerung des Unternehmens (im Betriebe) fortsetzen[59]).

Welche Rechtsfolgen entstehen, wenn die Ansprüche aus den Arbeitsverträgen nicht übertragbar sind, wird zweckmäßig im Zusammenhang mit den Arbeitsverträgen dargestellt werden, deren Übergang die Parteien des Veräußerungsvertrages nach ihrem freien Willen ausgeschlossen haben. Zunächst sollen die Arbeitsverträge genauer behandelt werden, bei denen die Dienstansprüche übertragbar und übertragen sind.

---

57) Vgl. oben Anm. 9 S. 30.

58) Vgl. Potthoff, ArbRPr 1/5 ff.

59) Vgl. Schulz-Schäffer. Für § 399 BGB. vgl. RGRKomm., § 398/99,1; Oertmann, K., § 399 1a α; Kreß, § 21 c (S. 205); v. Tuhr, § 12 III 1.

§ 5.

2. Die Pflicht zur Gewährung der Vergütung.

Dem Willen der Parteien des Veräußerungsvertrages, die (übertragbaren) Ansprüche aus den Arbeitsverträgen abzutreten, entspricht ihr Wille, daß der Erwerber die Verpflichtungen aus den Arbeitsverträgen übernimmt[60]). Das Interesse der Vertragsparteien geht auf möglichst sofortige Lösung der Rechtsbeziehungen untereinander[61]). Aus diesem Grunde ist im Zweifel eine (privative) Schuldübernahme gewollt.

Zu beachten sind die Vorschriften der §§ 414/15 BGB. Danach kommt eine Schuldübernahme entweder durch Vertrag des Erwerbers mit dem Gläubiger, hier dem Arbeitnehmer, zustande, § 414 BGB.[62]) Oder es genügt zwar ein Vertrag zwischen Urschuldner, dem Veräußerer, und Zweitschuldner, dem Erwerber. Dann aber ist die Genehmigung des Arbeitnehmers nach einer Mitteilung seitens des Erwerbers oder Veräußerers erforderlich, § 415 BGB.

Es ist nun möglich, daß die Genehmigung ausdrücklich erfolgt. Diese einfachste Lösung dürfte indessen nur selten durchgeführt werden können. Große Bedeutung hat daher der Umstand, daß die Genehmigung nach allgemeinen Regeln auch stillschweigend erteilt werden kann[63]).

Die Frage lautet nunmehr, wann dieses der Fall ist. Es wird zweckmäßig sein, von vornherein die Aufmerksamkeit darauf zu lenken, daß die Interessenlage des Arbeitnehmers eine vorsichtige Behandlung erheischt[64]). Wird nämlich das Ergebnis erzielt, daß eine stillschweigende Geneh-

---

60) Vertraglichen Abmachungen stehen weitere Möglichkeiten offen, die aber samt und sonders ohne Interesse sind.

61) Vgl. oben Anm. 15 S. 31. Gegen Hellwig, § 61 u. § 28 III.

62) Dieser Fall soll aus der Betrachtung ausscheiden, da er nicht typisch ist, sich überdies seine rechtliche Behandlung auch aus der anderen Alternative ergibt.

63) Vgl. auch Richter, S. 76.

64) Vgl. Demelius, JhJ. 72/275 f.

migung des Arbeitnehmers vorliegt, so ist der Veräußerer von seiner Haftung frei. Ein vielleicht weniger solventer Schuldner tritt in der Gestalt des Erwerbers an seine Stelle. Gerade auf die Zahlungsfähigkeit des Veräußerers aber sollte und durfte der Arbeitnehmer sich verlassen. — Das Reichsgericht möchte mit seiner oben schon erwähnten Entscheidung über die Betriebsgemeinschaft[65]) — allerdings nur für den Fall des Teilstreiks — den umgekehrten Weg einschlagen, indem es die Erträgnisse eines Unternehmens als Grundlage für die Lohnzahlungen ansieht. Das höchste Gericht hätte sich nicht dazu verleiten lassen sollen, rechtspolitische Gedankengänge als geltendes Recht anzusehen und damit notwendig berechtigte Arbeitnehmerinteressen zu übergehen[66]).

Ein stillschweigendes Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Übernahme der Lohnschulden durch den Erwerber des Unternehmens ist also nur dann anzunehmen, wenn es sich aus dem zu Grunde zu legenden schlüssigen Verhalten ganz einwandfrei ergibt[67]). Es kommt sicherlich nicht darauf an, daß gerade eine Genehmigung im Sinne des § 184 BGB. vorliegt. Auch eine Einwilligung im Sinne des § 183 BGB. ist ausreichend[68]). Größeres Gewicht muß be-

65) RGZ. 106/272 ff., bes. 275 f., und JW. 1923/831 f. mit einer Besprechung von Hueck (zustimmend, wenn auch nicht ohne Einschränkungen) und Sinzheimer (ablehnend, insbesondere im Hinblick auf die vermögensrechtlichen Folgen). Ablehnend auch Potthoff, S. 42 ff. 1 b. Neuerdings Molitor, A. u. B., S. 66 VI (dort in Anm. 2 u. 3 weitere Literatur); Enneccerus-L., § 144 (367) III 2; Pohl, S. 99. Mit einer sozialen „Betriebs- und Produktionsgemeinschaft" operiert auch das RAG., s. jüngstens ArbRPr. 4/25 ff., dort auch Nachweis weiterer Entscheidungen. Dazu Richter, ArbRPr. 3/215 ff. (ablehnend, auch unter dogmatischen Gesichtspunkten); Nörpel, ArbRPr. 1/193 ff. (ablehnend). — Von den Gegengründen sei der Vorwurf hervorgehoben, daß mit derartigen Entscheidungen der Freirechtsschule zur Wirksamkeit verholfen ist. Vgl. dazu gerade auch Hedemann, „Reichsgericht und Wirtschaftsrecht", 1929, 4. Kap.

66) Vgl. auch Schulz-Schäffer; Oertmann, AV., § 30,2 b.

67) Vgl. RG. in DJZ. 1929/101 f.

68) Vgl. Enneccerus-L., § 85 (308) zu Anm. 5.

reits auf die Vorschrift des § 415 Abs. 1 Satz 2 BGB. gelegt werden, nach der die Zustimmung erst erfolgen kann, wenn dem Arbeitnehmer von einer der Parteien des Veräußerungsvertrages die Schuldübernahme mitgeteilt worden ist. Dadurch sind Zweifel veranlaßt, ob etwa die Anzeige von der Unternehmensveräußerung hinreicht. Werden sie zurückgestellt, so bleibt die Frage, in welchem Verhalten die stillschweigende Zustimmung der Arbeitnehmer zur Schuldübernahme zum Ausdruck gekommen sein soll. Zur Erörterung steht nur die Fortsetzung der Arbeit ohne Widerspruch und Kündigung beim Unternehmenserwerber. Mit solcher Weiterarbeit kommen die Arbeitnehmer aber nur ihrer Pflicht aus den Arbeitsverträgen, deren Aktivseite übertragbar und übertragen ist, nach[69]). Es erscheint also nicht nur bedenklich, sondern für jeden, der sich nicht mit dem oben vorangestellten Grundsatz in Widerspruch setzen will, ausgeschlossen, in diesem Verhalten der Arbeitnehmer eine Zustimmung zur Schuldübernahme zu erblicken[70])[71]).

Die Parteien des Veräußerungsvertrages müssen sich also des Einverständnisses der Arbeitnehmer vergewissern, wenn eine Schuldübernahme zustandekommen soll. Da aber die Arbeitnehmer keineswegs gehalten sind, ihre Zustimmung zu erteilen, andererseits Veräußerer und Erwerber überhaupt ein Interesse daran haben, von den Arbeitnehmern

69) S. ferner oben § 4 a. E.

70) Anders aber Hueck, L., § 51 V, der dem Arbeitnehmer zu Unrecht die Last des Widerspruches aufbürdet. Demgegenüber betont RGZ. 36/50 mit Recht, daß die Fortsetzung des Dienstverhältnisses durch den Arbeitnehmer in dem Glauben geschehen darf, damit den mit dem Veräußerer geschlossenen Dienstvertrag zu erfüllen. — Für seine Auffassung beruft sich Hueck a. a. O., Anm. 17, auch auf Sigel, „Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem BGB.", 1903, S. 84. Irrig, wenn auch vielleicht durch eine wenig übersichtliche Darstellung beeinflußt, bezeichnet Hueck a. a. O. als gleicher Meinung Düringer-Hachenburg, § 70 Anm. 13. Vgl. dort a. E., wonach dieser Schriftsteller der hier vertretenen, unten in § 7 näher auszuführenden Anschauung zuneigt. — Vgl. auch unten § 6, Anm. 101 S. 55.

71) Über eine andere (gleichfalls abzulehnende) Konstruktion wird unten im Zusammenhang des § 6 zu sprechen sein.

unabhängig gestellt zu sein, dürfte eine Korrektur der oben aufgestellten Regel, daß im Zweifel eine (privative) Schuldübernahme gewollt sei, geboten sein. Den Parteien des Veräußerungsvertrages wird eine Vereinbarung näherliegen, deren Wirksamkeit nicht in die Hand der Arbeitnehmer gelegt ist, wenn sie auch nicht zu einer so reinlichen Scheidung der Rechtsverhältnisse führt wie die Schuldübernahme. In Frage kommen hier Erfüllungsübernahme [72]) und (daneben) Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme). Die Entscheidung, welche der beiden Möglichkeiten die gegebene ist, wird sich erst aus späteren Ausführungen gewinnen lassen. Jedenfalls können die Veräußerungsvertragsparteien eine Erfüllungsübernahme vereinbaren, möglicherweise auch als Vertrag zu Gunsten der Arbeitnehmer. Im Zweifel ist dies aber gemäß § 329 BGB. nicht der Fall.

Jedoch erwächst dem Arbeitnehmer aus anderen Gesetzesvorschriften ein Recht auf Zahlung des Lohnes auch gegen den Erwerber. In diesem Zusammenhange kommen die §§ 25 HGB. und 419 BGB. in Betracht.

Der § 25 Satz 1 HGB. bestimmt, daß der Erwerber eines Handelsgeschäftes für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet, wenn er es unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines Nachfolgezusatzes fortführt. Es muß also einmal ein Handelsgeschäft in Frage stehen [73]). Das Handelsgeschäft muß vom Erwerber unter der bisherigen Firma fortgeführt werden. Schließlich muß es sich um im Betriebe des Geschäfts begründete Verbindlichkeiten handeln. Unter diesen Voraussetzungen tritt die Haftung des Erwerbers ein, gleichgültig, ob die Übernahme der Verbindlichkeiten im Veräußerungsvertrage vereinbart worden ist oder nicht. — Offenbar nimmt der § 25 HGB., wie durch den Hinweis auf die Fortführung der Firma besonders deutlich wird, andere Verträge als gerade Arbeitsverträge zum Gegenstand. Aus diesem Grunde können zunächst Zweifel be-

72) Vgl. auch § 415 Abs. 3 BGB.
73) Dazu oben § 2 S. 6 f.

rechtigt erscheinen, ob auch die Verbindlichkeiten aus den Arbeitsverträgen unter diese Vorschriften fallen [74]). Doch sind solche Zweifel im Hinblick auf die oben gefundenen Resultate und im Anschluß an die herrschende Lehre [75]) ohne weiteres zu überwinden. — Jene „Haftungsmitübernahme" durch den Erwerber gemäß Abs. 1 Satz 1 [76]) kann nach Absatz 2 ausgeschlossen werden, indem dies im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht wird, oder eine entsprechende Mitteilung an den Dritten durch den Erwerber oder Veräußerer erfolgt. Nach Absatz 3 haftet dagegen der Erwerber, im Falle die Firma nicht fortgeführt wird, für die früheren Verbindlichkeiten (abgesehen von besonderen anderen Verpflichtungsgründen) überhaupt nur dann, wenn er die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekannt gemacht hat.

Möglich ist auch, daß das Unternehmen als Rechtsobjekt das gesamte Vermögen oder fast das gesamte Vermögen des Unternehmensinhabers umfaßt [77]) [78]). Sodann ge-

74) Vgl. Molitor, ArbRA. 11/69 ff. Ganz unbegründet sind aber die von Meissinger, ArbRA. 1924/521 ff., erhobenen Bedenken. M. will die Verpflichtungen des Arbeitgebers als sog. höchstpersönliche zugleich unter abwegiger Berufung auf Staub nicht unter § 25 HGB. subsumieren. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, aus welchem Grunde die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers höchstpersönlich sein soll. Wenn M. meint, daß es sich auf Arbeitnehmerseite „aber bestimmt" um höchstpersönliche Leistungen handelt, so gehört dies überhaupt nicht hierher. Oder sollte § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB. Gegenstand der Erörterung sein?! — Gegen M. mit Recht Hueck, L., § 51 Anm. 16.

75) Vgl. z. B. Schulz-Schäffer und Kallee-Gros; Titze, § 123,4; Staub-Bondi, § 70 Anm. 27 u. § 26 Anm. 1; Düringer-Hachenburg, § 70 Anm. 13 und § 25 Anm. 21; Demelius, JhJ. 72/241 ff.; Staudinger, § 613 III 4 b; Hueck a. a. O.; Makower, § 22 III h; Dersch, ArbRPr. 3/181 ff.

76) So Staub-Bondi, § 25 Anm. 9.

77) Hierzu vgl. Ennecceruś, I 2, § 310 Anm. 9; Enneccerus-L., § 87 (310) Anm. 17, auch ebenda II 1 b. — Vgl. auch Mosse-Heymann, § 25,16.

78) Ob der § 419 BGB. bei der Veräußerung eines Unternehmens analog anwendbar sei, ist umstritten. Vgl. die Kommen-

langt § 419 BGB. zur Anwendung, der die Gläubiger des Veräußerers, darunter auch die Arbeitnehmer, vom Abschluß des Kaufvertrages an befähigt, ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Erwerber geltend zu machen. Auf eine gegenteilige Vereinbarung der Parteien des Veräußerungsvertrages kommt dabei nichts an; auch in erschwerter Form kann ihr keine Geltung verschafft werden, § 419 Abs. 3 BGB. Dafür ist aber auch nur eine Haftung cum viribus bonorum vorgeschrieben, § 419 Abs. 2 BGB. — Daß der § 419 BGB. auch neben dem § 25 HGB. Anwendung findet, dürfte außer Zweifel stehen[79]).

Vielfach ist also der Erwerber auf Grund der §§ 25 HGB. und 419 BGB. für die Lohnansprüche der Arbeitnehmer mitverhaftet. Die Frage ist, ob dann, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschriften nicht erfüllt sind, der Arbeitnehmer mit seinen Lohnansprüchen auf den Veräußerer angewiesen bleibt[80]). Eine so zentrale Stellung kann nun den §§ 25 HGB. und 419 BGB. nicht eingeräumt werden. Vielmehr entspricht es der Interessenlage, daß der Erwerber in allen Fällen, in denen die Ansprüche aus den Arbeitsverträgen übertragen sind, den Arbeitnehmern auch seinerseits für ihre Lohnansprüche haftet. Der Erwerber ist nach den bisherigen Untersuchungen (im Zweifel) dem Veräußerer gegenüber zur Erfüllungsübernahme hinsichtlich der Lohnansprüche verpflichtet[81]). Eine Haftung des Erwerbers auch den Arbeitnehmern gegenüber bedeutet prak-

---

tare, z. B. Staudinger, § 419 I 1 (ablehnend); Oertmann, K., § 419,6 d (bejahend); Enneccerus-L., § 87 (310) nach Anm. 20. Die Entscheidung dieser Streitfrage hat die Klärung des Unternehmensbegriffes zur Voraussetzung. Bejahend (naturgemäß) Elster, G., II 3; O. v. Gierke, HR., § 21,1; III, § 181 V a. E.; F., S. 72 ff.; auch Hellwig, § 61; nur rechtspolitisch Lehmann, F., S. 17 ff.

79) Vgl. z. B. Staub-Bondi, § 25 Anm. 24; Düringer-Hachenburg, § 25 Anm. 27; Staudinger, § 419 III; Goldbaum, § 25; O. v. Gierke, F., S. 72 ff.

80) So Schulz-Schäffer und Kallee-Gros. Dagegen Hueck, L., § 51 zu Anm. 15.

81) Vgl. auch O. v. Gierke, III, § 181 V a. E., Anm. 127.

tisch keine wesentliche Veränderung seiner rechtlichen Stellung. Andererseits ist den Arbeitnehmern mit einer solchen Regelung erheblich gedient.

Insoweit wird dann praktisch der Erfolg eines mit der Erfüllungsübernahme verbundenen Schuldbeitritts[82]) erreicht. Es wird im folgenden Paragraphen darzulegen sein, daß dieses Ergebnis vom Standpunkt der Veräußerungsvertragsparteien aus zu bestätigen ist.

§ 6.

3. Der Arbeitsvertrag als Ganzes.

In den beiden vorhergehenden Paragraphen wurden die beiden Hauptansprüche aus dem Arbeitsvertrag, der Anspruch des Arbeitgebers auf die Dienstleistung, der des Arbeitnehmers auf den Lohn, untersucht. Die Abhandlung sollte eine Darstellung der Einwirkung der Unternehmensveräußerung auf den Arbeitsvertrag geben. Zu berücksichtigen ist ein Doppeltes. Dem Arbeitsvertrag entspringen einmal sog. Nebenpflichten. Es sind dies auf Arbeitnehmerseite die Gehorsamspflicht, die Treupflicht und die Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb[83]). Dem stehen auf Arbeitgeberseite gegenüber: die Fürsorgepflicht, die Zeugnispflicht, die Ersatzpflicht, evtl. eine Beschäftigungspflicht u. a.[84]). Die Nebenpflichten werden im wesentlichen das Schicksal der Hauptansprüche teilen[85]). Zum anderen ist jedoch wohl zu beachten, daß der Arbeitsvertrag nicht ein Konglomerat von Ansprüchen und entsprechenden Pflichten ist, sondern daß sowohl diese, außerdem aber auch Gestaltungsrechte, etwa Kündigungsrechte, aus ihm „erwachsen". Aus dem Arbeitsvertrag entsteht eine gegenseitige Partei-

82) Vgl. Schulz-Schäffer; ferner und unter Berücksichtigung seiner Konstruktion Makower, § 22 III h; (Staub-Bondi, § 70 Anm. 27). S. auch Kaufen, ArbR. 17/683.

83) Terminologie nach Hueck, L., § 34/36. Näheres ebenda.

84) Terminologie nach Hueck, L., § 44/49. Näheres ebenda.

85) So auch Hueck, L., § 51 Anm. 1; vgl. auch oben § 4, Anm. 52 S. 41.

stellung. Der Arbeitsvertrag ist ein einheitliches Ganzes[86]). Danach könnte es als notwendig erscheinen, daß der Arbeitsvertrag als Ganzes an den Anfang aller Erörterungen gestellt wird. Der Beweis des Gegenteils muß daher noch nachgeholt werden.

Zweifel daran, daß auch die organisch aufgefaßten Arbeitsverträge als Bestandteile des Unternehmens und damit als Gegenstand des Veräußerungsvertrages angesehen werden können, dürften nicht wohl bestehen. Ja, den Parteien des Veräußerungsvertrages wird weniger darum zu tun sein, die aus den Arbeitsverträgen entspringenden Rechte und Pflichten zu übertragen bzw. zu übernehmen, als vielmehr darum, daß der Erwerber die Arbeitgeberstellung des Veräußerers erhält. Diese gründet sich aber auf seiner Eigenschaft als Vertragspartei der Arbeitsverträge.

Nur das ist die Frage, auf welchem Wege das gewollte Ergebnis erreicht werden kann. Hier ist nun festzustellen, daß den Parteien des Veräußerungsvertrages durch die Rechtsordnung keine andere als die oben schon stets zugrunde gelegte Möglichkeit gewährt ist. Eine solche Anschauung folgt der sog. Zerlegungstheorie[87]), die sich mit Recht darauf berufen kann, daß das Gesetz die Übertragung eines organischen Vertrages nicht vorsieht, sondern in den §§ 398 ff. und 414 ff. BGB. Vorschriften gibt nur für die Übertragung von Rechten und die Übernahme von Schulden. Auf die Gestaltungsrechte mag die Vorschrift des § 413 BGB. Anwendung finden. Es mag auch die Auffassung vertreten werden, daß ihr Übergang und überhaupt der Übergang der Parteistellung notwendige Folge der Übertragung und Übernahme der gesamten Ansprüche und Pflichten

86) Vgl. Enneccerus, I 2, § 225 Anm. 3.

87) Herrschende Lehre; vgl. z. B. O. v. Gierke, III, § 180 II 2 b; Staudinger, § 613 III 4; Enneccerus-L., § 79 (302) II 1 u. Anm. 13; Schollmeyer, § 398,2; Planck, § 398 V 2 a; Leonhard, § 377 Anm. 2 (S. 655); Demelius, JhJ. 72/241 ff., bes. S. 3; Hölder, Recht 1908/469 ff. — Zweifelnd: Oertmann, K., V §§ 398 ff., 7, aber § 613,1; Hueck, L., § 51 I, I. aber Anm. 3. Vgl. auch Oppikofer, S. 125 ff.

ist[88]). — Auf der Gegenseite steht die vornehmlich von Siber[89]) vertretene sog. Einheitlichkeitstheorie. Siber ist nicht damit einverstanden, daß der Vorgang der Vertragsübernahme in die durch die §§ 398 und 414/15 BGB. festgelegten Übergangsakte aufgelöst wird. Es sei durchaus nicht unzweifelhaft, daß die Gestaltungsrechte nach § 413 BGB. übertragbar seien. Um solche und andere Unzuträglichkeiten zu vermeiden, wird von ihm vorgeschlagen und als allein richtig angesehen, das Vertragsverhältnis selbst für übertragbar zu erklären, und zwar auf Grund einer analogen Anwendung der §§ 398, 413/415 und 305 BGB. Das Gesetz habe den Fall übersehen und andererseits im § 571 BGB.[90]) selbst das Beispiel eines Parteienwechsels gegeben. Daß hier (wie auch in einigen Nebengesetzen) ein derartiger Beispielsfall in der Tat vorliegt, wird von Demelius[91]) bestritten. Auch sind die Bedenken, die sich aus dem Grundsatz herleiten, daß auf dem Gebiete der Verfügungsgeschäfte Vertragsfreiheit nicht besteht[92]), nicht aus dem Wege geräumt. Auf Grund der oben gekennzeichneten Analogie muß Siber schließlich zur Übertragung des ganzen Vertrages außer der Einigung zwischen dem Vorgänger und dem Nachfolger auch das Einverständnis des Vertragsgegners für erforderlich halten. Man pflegt deshalb die Besprechung der beiden Theorien an dieser Stelle abzubrechen mit der Bemerkung, daß also beide ein solches Einverständnis verlangten. Jedoch ist eine derartige Gleichsetzung ungenau[93]).

88) So Demelius a. a. O., Z. 5.

89) JhJ. 70/294 ff. Vgl. auch v. Tuhr, I, § 5 III 3, § 12 II; neuerdings Kreß, § 9,2 (S. 150 ff.). Ferner auch Potthoff, S. 42 ff., 1 c; Silberschmidt, § 15 IV; Müller-Erzbach, Kap. 19 II 1 c.

90) Vgl. hierzu die gemeinrechtliche Auffassung des Arbeitsvertrages als „Dienstmiete".

91) A. a. O., Z. 4; gegen Siber überhaupt Z. 16. — Vgl. auch Oertmann, K., V §§ 398 ff., 7.

92) Dieser Grundsatz wird von Siber selbst, und zwar bei Planck, § 398 V 2 a, und neuerdings wieder von Leonhard a. a. O. geltend gemacht.

93) Nicht scharf auch Enneccerus-L. a. a. O. Vgl. auch Molitor, A. u. B., S. 39 f.

Eine folgerecht durchgeführte Zerlegungstheorie fordert die Zustimmung des Vertragsgegners nur für die Schuldübernahme, von ihm in seiner Eigenschaft als Gläubiger. Die aus dem Vertrage gegen den Vertragsgegner erwachsenden Rechte sind gemäß § 398 BGB. (grundsätzlich) frei übertragbar. Die Zerlegungstheorie verlangt ferner für die Schuldübernahme eine Zustimmung nach näherer Maßgabe des § 415 BGB. Das Einverständnis des Gläubigers schlechthin kann ihr ohne weiteres nicht genügen. Daher ist es keineswegs richtig, wenn Siber ausgehend von einer im Grunde vorhandenen Übereinstimmung meint, daß seine Einheitlichkeitstheorie „der gerade Weg zu dem von den Parteien gesteckten Ziel“ [94]) sei. Er verlangt einmal zuviel, ein andermal aber zu wenig [95]).

Die Beschäftigung mit dem Vertrage als Ganzem eröffnet immerhin neue Perspektiven und hat Anlaß gegeben zu anderen Konstruktionen mit dem Ziele, die Übertragung eines ganzen Vertragsverhältnisses zu erreichen. Diese Konstruktionen können und sollen sogleich auf die hier vertretene Zerlegungstheorie zurückgeführt werden. Denn den Gegenstand der Untersuchung bildet die Frage, wie die Zustimmung des Vertragsgegners ersetzt werden kann.

Es muß naturgemäß darauf ankommen, das Vertragssubjekt auf der Veräußererseite auswechselbar zu gestalten. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertragsgegner dem Veräußerer eine Substitutionsermächtigung erteilt hat [96]). Sodann kann mit Demelius [97]) von einem „Vertrage mit unbestimmten Dritten“ gesprochen werden. Zugleich liegt auch eine sog. „antizipierte Zustimmung“ im Sinne von v. Tuhr [98]) vor. Auf diese gemeinsame juristische Quelle sind nämlich beide Konstruktionen zurückzuführen [99]).

94) A. a. O., S. 295.

95) Wegen § 305 BGB. vgl. Demelius a. a. O., Z. 16. Vgl. auch Hueck, L., § 51 I zu Anm. 4.

96) Vgl. Kreß a. a. O.; Hueck, L., § 51 Anm. 4.

97) A. a. O., Z. 11.

98) I, § 12 II Anm. 5.

99) Anders anscheinend Molitor, A. u. B., S. 41 Anm. 9. Vgl. auch Hueck a. a. O.

Auf den hier zur Erörterung stehenden Problemkreis übertragen, lautet die Frage, ob die Arbeitnehmer dem Arbeitgeber-Veräußerer eine Substitutionsermächtigung hinsichtlich seiner Lohnzahlungspflicht erteilt haben[100]). Möglicherweise haben die Arbeitnehmer den Arbeitgeber ausdrücklich ermächtigt, im Falle der Unternehmensveräußerung den Erwerber als Lohnschuldner einzusetzen. Wie ist es aber um eine stillschweigende Substitutionsermächtigung bestellt? Es ist nahegelegt, hier den gleichen Gedankengang zu verwerten, der oben die Übertragbarkeit der Dienstansprüche bejahen ließ. Soweit die Arbeitnehmer nur eine Arbeitsstelle erlangen wollen, ist ihnen nicht nur die bestimmte Person des Unternehmensinhabers bezüglich der Dienstleistungen unwesentlich, sondern auch der jeweilige Inhaber als Lohnschuldner recht[101]). Jedoch erheben sich gegen diese Auffassung die gleichen Bedenken wie gegen die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung der Schuldübernahme durch Fortsetzung der Arbeit beim Erwerber. Ein Verhalten der Arbeitnehmer, aus dem nur auf eine Substitutionsermächtigung des Arbeitgeber-Veräußerers durch die Arbeitnehmer geschlossen werden könnte, ist jedenfalls nicht gegeben. Und auch das Vorliegen einer stillschweigenden Substitutionsermächtigung bedeutet ja Entlassung des bisherigen Arbeitgebers aus der Haftung für den geschuldeten Lohn. Die Solvenzfrage ist es, die Demelius[102]) gerade an dieser Stelle mit Recht zu der Mahnung veranlaßt, stillschweigende Substitutionsermächtigungen für die Passivseite eines Schuldverhältnisses nicht leichtfertig anzunehmen.

Auch mit dieser Konstruktion, deren rechtliche Zulässigkeit übrigens nicht zu bestreiten ist[103]), kann demnach ein

100) Wegen des Anspruchs auf die Dienstleistung vgl. neben den soeben gemachten Ausführungen auch oben § 4, Anm. 47 S. 40.

101) So Staudinger, § 613 III 4 b β; ähnlich Molitor, A. u. B., S. 40. — Über Hueck auf Grund der hier vertretenen Zerlegungstheorie schon oben im § 5.

102) A. a. O., Z. 11. Vgl. auch Enneccerus-A., § 144 III.

103) Man könnte die Frage aufwerfen, ob nicht auf diesem Wege die §§ 414/15 BGB. umgangen werden, und dann auf den Grundsatz Bezug nehmen, daß für Verfügungsgeschäfte Ver-

anderes als das bereits gefundene Ergebnis[104]) nicht erzielt werden. Dieses ist aber nunmehr zu vervollständigen.

Möglich bleibt, daß der Erwerber die Lohnschulden mitübernimmt[105]). Damit wird ein dem Vertragseintritt wenigstens nahekommender Erfolg erreicht; der Erwerber wird Vertragspartei neben dem Veräußerer. Einer Zustimmung des Arbeitnehmers bedarf es in diesem Falle nicht. Es bestehen keine Gründe, die diesbezügliche Regelung der Schuldübernahme zum Vorbild zu nehmen[106]). — Daher dürfte zu folgern sein, daß der mit der Erfüllungsübernahme verbundene Schuldbeitritt des Erwerbers als von den Veräußerungsvertragsparteien gewollt anzunehmen ist[107]).

§ 7.

4. Weitere Rechtsfolgen.

Wenn jetzt die weiteren Rechtsfolgen, die sich an die so gekennzeichnete Einwirkung der Unternehmensveräuße-

---

tragsfreiheit nicht besteht. Vgl. oben Anm. 92 S. 53. Demgegenüber ist einerseits darauf zu verweisen, daß die Substitution ein Institut des geltenden Rechts ist. Vgl. § 664 BGB. und die bei Kreß a. a. O. zitierten weiteren gesetzlichen Vorschriften, sowie vor allem auch Demelius a. a. O., Anm. 13. Andererseits liegt nicht einmal eine Umgehung der §§ 414/15 BGB. vor, da auch für die Schuldübernahme eine Einwilligung ausreichend ist. Vgl. oben Anm. 68 S. 46; ferner Demelius a. a. O., Anm. 70.

104) Oben § 5.

105) Hierauf verweisen mit Recht Staub-Koenige, A. § 473 Anm. 2a. Vgl. auch Enneccerus-L., § 79 (302) Anm. 13; (Planck, § 398 V 2 b; Siber a. a. O.). — Gegen die Schuldmitübernahme (Schuldbeitritt, kumulative Schuldübernahme) kann nicht wohl das oben verwendete Argument, daß auf dem Gebiete der Verfügungsgeschäfte Vertragsfreiheit nicht herrsche, geltend gemacht werden. Mit Recht bezeichnet Jung, § 181, die Schuldmitübernahme als durch Gewohnheitsrecht zugelassen; ähnlich Reichel, S. 142 ff. Vgl. auch den Hinweis Hellwigs, § 28 I, auf die Fälle gesetzlicher Schuldmitübernahme.

106) Gegen Hellwig, § 28 II (auf Grund seiner „Angebotstheorie"); O. v. Gierke, III, § 181 III, s. a. dort Anm. 67. Richtig Manigk; Reichel, S. 142 ff., 331 ff.

107) Vgl. oben § 5, S. 47 f, 51; auch Reichel, S. 318 ff.

rung auf die Arbeitsverträge anschließen, dargestellt werden sollen, so muß unterschieden werden. Unter der Voraussetzung, daß die Rechte aus den Arbeitsverträgen übertragbar und übertragen sind, ist einmal der Fall zu behandeln, in dem der Erwerber kraft ausdrücklicher Genehmigung einer mit dem Veräußerer vereinbarten Schuldübernahme (oder kraft ausdrücklicher Substitutionsermächtigung) durch die Arbeitnehmer in die laufenden Arbeitsverträge eintritt, Vertragspartei wird[108]). Sodann sind die (regelmäßig vorliegenden) Fälle weiter zu verfolgen, in denen die Zustimmung der Arbeitnehmer nicht erteilt wurde. Anzuschließen ist die bisher ausgesetzte Betrachtung der Arbeitsverträge, deren Aktivseite (und zugleich Passivseite) nicht übertragen wurde[109]).

A) Der Erwerber tritt in die Arbeitsverträge ein.

Hier ist die Rechtslage einfach. Der Erwerber tritt im Augenblicke der Geschäftsübernahme als Vertragspartei in die fortlaufenden Arbeitsverträge ein. Der Veräußerer ist aus seiner Haftung für die Arbeitslöhne entlassen.

Es handelt sich also um die fortlaufenden alten Arbeitsverträge. Der Arbeitsvertrag wird unter den bisherigen Vertragsbedingungen fortgesetzt. Dies sollte nicht bestritten werden; denn Abtretung und Schuldübernahme zerstören nicht die Identität des Schuldverhältnisses. Nicht etwa wird ein neuer (inhaltlich gleicher) Arbeitsvertrag mit dem Erwerber abgeschlossen[110]). Sollen andere Arbeitsbedingungen gelten,

108) Zugleich können die Ansichten weiter erörtert werden, die eine stillschweigende Zustimmung der Arbeitnehmer für gegeben erachten.

109) Hier werden die Ansichten mit erfaßt, die die Übertragbarkeit der Dienstansprüche (grundsätzlich) für ausgeschlossen halten. — Vgl. oben § 4 a. E.

110) So mit Recht Hueck, L., § 51 V. Die von ihm, Anm. 18/20, zitierten abweichenden Meinungen dürften alle auf einer anderen Grundauffassung beruhen und sind deshalb nicht in diesem Zusammenhange, sondern erst unten zu besprechen. Ohne (ausreichenden) Grund fordert Domke, S. 44, den Abschluß neuer Dienstverträge; ebenso Lehmann, F., S. 19.

so ist nach § 305 BGB. der Abschluß eines Vertrages zwischen dem Erwerber und den Arbeitnehmern erforderlich. — Der Eintritt des Erwerbers in die Verträge erfolgt im Augenblicke der Geschäftsübernahme, nicht etwa erst am nächstzulässigen Kündigungstermin[111]). Denn für jenen Zeitpunkt wird die Schuldübernahme zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbart. Eine Genehmigung der Arbeitnehmer aber wirkt gemäß § 184 Abs. 1 BGB. auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Handelt es sich um eine Einwilligung (oder Substitutionsermächtigung), so besteht überhaupt kein Anlaß zu Zweifeln. Dieses Ergebnis ist auch folgerecht durchzuführen. Nicht ersichtlich ist, aus welchem Grunde Hueck[112]) für die Entlassung des alten Arbeitgebers aus der Haftung für die Lohnzahlung ein anderes annehmen will. Wenn Hueck meint, es sei nicht verständlich, weshalb der Arbeitnehmer, der die Zahlungsfähigkeit des Erwerbers regelmäßig nicht beurteilen könne (!), den Veräußerer vor dem nächstzulässigen Kündigungstermin aus der Haftung entlassen sollte, so bedeutet dies nichts als eine Aufgabe[3] oder doch Einschränkung seiner Konstruktion einer stillschweigenden Zustimmung des Arbeitnehmers. Dies wird aus den sogleich unter B zu machenden Ausführungen erhellen. Fraglich kann nur sein, ob der Erwerber Schuldner der schon fälligen Lohnforderungen, der Veräußerer aus der Haftung für diese entlassen wird. Zweierlei ist hier entscheidend: der Inhalt des Veräußerungsvertrages und der Umfang der von den Arbeitnehmern erteilten Genehmigung. In Konsequenz früherer Ausführungen[113]) ist die Übernahme (auch) der fälligen Lohnschulden als von den Parteien des Veräußerungsvertrages (im Zweifel) gewollt anzusehen. Insoweit kann nun eine ausdrückliche Genehmigung der

111) So mit Recht Hueck a. a. O.

112) A. a. O. und Anm. 20; (über die Berufung auf Düringer-Hachenburg s. oben § 5, Anm. 70 S. 47). Konsequent dagegen Nipperdey bei Staudinger, § 613 III 4 b γ, der im übrigen Hueck folgt.

113) Vgl. oben § 5 a. A. (und § 3, Anm. 15 S. 31).

Arbeitnehmer den Veräußerer aus der Haftung entlassen. Wird aber nur die Schuldübernahme schlechthin genehmigt, so dürfte nach dem bisher beobachteten Prinzip nicht auch eine stillschweigende Genehmigung der Arbeitnehmer hinsichtlich der fälligen Lohnforderungen angenommen werden können. In diesem Falle kann dann aber eine Mithaftung des Erwerbers auf Grund der oben besprochenen §§ 25 HGB. und 419 BGB. in Frage kommen[114]).

B) Die Arbeitnehmer haben der Schuldübernahme durch den Erwerber nicht zugestimmt.

Die Rechtslage ist die, daß die Arbeitnehmer dem Erwerber zur Fortleistung der Dienste verpflichtet sind; es findet ein Gläubigerwechsel statt. Dagegen greift nicht auch ein Schuldnerwechsel, und deshalb ein Wechsel der Vertragspartei auf Arbeitgeberseite Platz. Der Veräußerer-Arbeitgeber bleibt Lohnschuldner. Zugleich aber gewinnen die Arbeitnehmer in dem Erwerber infolge des von ihm vorgenommenen Schuldbeitritts einen zweiten Lohnschuldner[115]).

Es versteht sich, daß das Interesse des Veräußerers dahingeht, aus seiner Stellung als Lohnschuldner und Vertragspartei möglichst bald auszuscheiden. Dieses Interesse kann hier nicht anders als sonst durchgesetzt werden, nämlich (von einer Vereinbarung mit den Arbeitnehmern abgesehen) durch ordentliche Kündigung der Arbeitsverträge[116]). Soviel

---

114) So auch Hueck, L., § 51 Anm. 16; Staudinger, § 613 III 4 b β. — Dagegen kommt eine entsprechend beschränkte Umdeutung des Willens der Veräußerungsvertragsparteien, wie sie in den §§ 5 und 6 vorgenommen wurde, nicht in Frage.

115) Vgl. oben § 6 a. E. — Die §§ 25 HGB., 419 BGB. sind dann bedeutungsvoll, wenn der Übergang der Schulden von Veräußerer und Erwerber ausgeschlossen worden ist; vgl. auch unten.

116) So RGZ. 36/50; Schulz-Schäffer; Staub-Bondi, § 70 Anm. 27; Erdel II, S. 99; Mosse-Heymann, § 26,2; s. auch Kaufen, ArbGer. 35/428 ff. — Vgl. unten C, S. 65.

muß sicher sein, daß die Veräußerung des Unternehmens als solche kein Endigungsgrund der Arbeitsverträge ist[117]), ebensowenig, wie sie einen Grund zur fristlosen Kündigung abgibt. Der Veräußerer trägt in dieser Beziehung das sog. Betriebsrisiko[118]). — Die ordentliche Kündigung beendet die laufenden Arbeitsverträge. Es ist nicht so, daß nur der Veräußerer aus den Verträgen entlassen wäre, der Erwerber als Gläubiger der Dienstansprüche und Schuldner der Lohnforderungen neben dem Veräußerer nunmehr alleiniger Schuldner und Vertragspartei der Arbeitsverträge sei und bliebe. Auf dem Wege über diese scheinbar naheliegende Konstruktion würde ein Ergebnis erzielt, das das Erfordernis der Zustimmung der Arbeitnehmer zum Schuldnerwechsel unberücksichtigt ließe. Damit die Arbeitnehmer auch nach Eintritt des Kündigungstermines vertraglich gebunden sind, bedarf es vielmehr eines Angebots zur Fortsetzung der Dienste und der Annahme durch die Arbeitnehmer. Erst dann kann der Schuldbeitritt des Erwerbers weitere Folgen äußern.

Die Kündigung des Arbeitgeber-Veräußerers mag ausdrücklich erfolgen, sie muß es nicht. Die Interessenlage des Veräußerers gebietet, das wohlverstandene Interesse der Arbeitnehmer erlaubt es, die Kündigung als mit der Unternehmensveräußerung, die den Arbeitnehmern allerdings bekannt sein muß, stillschweigend erklärt anzusehen. Soweit überhaupt Arbeitsverträge in Frage stehen, aus denen Ansprüche erwachsen, die übertragbar und übertragen sind, ist dann stets eine solche stillschweigende Kündigung mit einem

---

117) Allgemeine Meinung; vgl. Hueck, L., § 52 II.

118) So Hueck, L., § 56 X, § 51 IV. Dagegen dürfte seine Begründung: die Unmöglichkeit der Annahme sei ja vom Veräußerer selbst herbeigeführt, nicht den Kern der Sache treffen. Ferner Schulz-Schäffer, ebenso Kallee-Gros; Oertmann, AV., § 45,3 b; Titze, § 124,2 (mit Einschränkungen); derf. zu RG. in JW. 1924/177 (fristlose Kündigung für den nicht befähigten Erben); RGZ. 87/439 f. — Andererseits bezeichnet Banselow, SchlW. 1922/95 ff., (allerdings von seinem besonderen Standpunkt aus) das Vorliegen „doppelter Vertragsverhältnisse" als absurd. Auf Grund von Banselows Deduktionen (f. u.) hält auch Meissinger, AZfA. 1924/521, den Arbeitgeberwechsel für

(stillschweigenden) Angebot auf Fortsetzung der Arbeitsverträge mit dem Erwerber verbunden. Insoweit kommt also die oben[119]) besprochene Hilfskonstruktion Kaskels zur Anwendung.

Zur Erörterung steht zunächst, ob demnach auch die sog. Kündigungsbeschränkungen[120]) in Geltung sind. Bedeutung haben vor allem die Vorschriften des Betriebsrätegesetzes (BRG.) vom 4. 2. 1920/29. 4. 1923. Daneben interessieren einige Sonderbestimmungen, so das Schwerbeschädigtengesetz (SchwBG.) vom 12. 1. 1923/8. 7. 1926, und das Kündigungsschutzgesetz für Angestellte (KSchGA.)[121]) vom 9. 7. 1926[122]). — Da mit der Kündigung stets ein Angebot auf Fortsetzung der Arbeitsverträge mit dem Erwerber verbunden ist, ist zu behaupten, daß die Kündigungsbeschränkungen keine Anwendung finden[123]). Überall handelt es sich um Schutzvorschriften zu Gunsten der Arbeitnehmer mit dem Ziel, ihre Entlassung zu verhindern bzw. zu erschweren[124]). Hier aber soll ja gerade eine Weiterbeschäftigung erfolgen.

So bestimmen sich denn die Kündigungsfristen grund-

---

einen wichtigen Kündigungsgrund. Gegen beide mit Recht Hueck, L., § 51 Anm. 13. — Im übrigen ist auf den allgemein anerkannten Satz zu verweisen, daß eine außerordentliche Kündigung die ordentliche enthält.

119) § 4, S. 34.

120) Vgl. z. B. Hueck, L., §§ 59/63.

121) Dazu eine Kritik durch Goldschmit, ZBH. 1/357 ff.

122) Unbeachtlich ist dagegen (primär) die Stillegungsverordnung vom 8. 9. 1920/15. 10. 1923; für die Anwendung dieses Gesetzes ist Voraussetzung, daß eine Betriebsanlage ganz oder teilweise nicht benutzt wird, und deshalb die Entlassung erfolgt, s. § 1 d. Verordn. und für alle Hueck, L., § 60. Betriebsstillegung und Betriebsveräußerung sind nicht identisch. Richtig Nörpel, AZfA. 10/149 ff. — Aus ähnlichen Gründen sind auch die §§ 74, 85 Z. 2, 96 Z. 2 BRG. nicht zu berücksichtigen.

123) Anders anscheinend Baum, K., Anm. 2 pr. zu § 2 Abs. 1 KSchGA.

124) Vgl. Hueck, ArbR. 9/133 ff., bes. 135; Flatow, § 84 Anm. 12; Mansfeld, § 84 B 2; auch Nipperdey, RS., S. 119 ff. — Für das KSchGA. vgl. RAG. in DJZ. 1928/738.

sätzlich nach den allgemeinen Vorschriften, d. h. den §§ 620 ff. BGB., 122, 123a ff. GewO., 66 ff. HGB. Ein Grund, weswegen vertraglich vereinbarte längere Kündigungsfristen nicht innezuhalten wären, besteht nicht. Handelt es sich um Arbeitsverträge auf festbestimmte Zeit, so ist der Vertrag mit dem Eintritt des Endtermins abgelaufen. Wichtig wird aber § 625 BGB.

Mit Eintritt des Kündigungstermines ist der Arbeitsvertrag mit dem Veräußerer abgelaufen. Nunmehr wird aber das Angebot an die Arbeitnehmer auf Fortsetzung der Arbeitsverträge mit dem Erwerber des Unternehmens praktisch. Die Arbeitnehmer können das Angebot ablehnen, indem sie von der Arbeitsstätte fortbleiben. Sicherlich kann auch eine ausdrückliche Regelung zwischen Erwerber und Arbeitnehmern getroffen werden. Möglicherweise werden neue Arbeitsverträge abgeschlossen. Endlich können die Arbeitnehmer das Angebot stillschweigend annehmen. Und das geschieht nun in der Tat durch Fortsetzung der Arbeit beim Erwerber. — Es liegt nahe, aus diesem Verhalten den (stillschweigenden) Abschluß neuer, wenn schon inhaltsgleicher Arbeitsverträge zwischen Erwerber und Arbeitnehmern herzuleiten. Dahin geht denn auch die Meinung einer ganzen Reihe von Schriftstellern [125]). Demgegenüber wendet Hueck [126])

---

125) So Demelius a. a. O., Z. 13; jedoch wird nach ihm der Inhalt der Verträge hinsichtlich der Kündigungsfrist abgewandelt. Ferner Kreller, ArchZivPr. 125/145; Vanselow, SchlW. 1922/95 ff., mit der Bemerkung, daß die Parteien völlige Freiheit in der Einigung über die neuen Vertragsbedingungen haben, die Arbeitsordnung auf Grund des § 134a GewO. ausgenommen. (Dazu v. Landmann-Rohmer, § 134a Anm. 7.) Wie Vanselow, aber nicht ohne Bedenken, Meissinger, AZfA. 1924/521 ff. M. prägt den Satz, daß „stillschweigendes Weiterarbeiten" des Personals jeden Zweifel über den Fortbestand der Arbeitsverträge ausschließen dürfte. Dennoch werden auch hier, veranlaßt durch eine unglückliche Vermengung der Einzelfragen, die richtigen Folgerungen nicht gezogen. — Ein Fortbestehen des gleichen Vertrages nehmen an Schulz-Schäffer und Kallee-Gros; vgl. auch Düringer-Hachenburg, § 70 Anm. 13. — Potthoff, S. 42 ff., 2, spricht von einem „formellrechtlichen" Wechsel. — Nicht zutreffend OLG. Jena in SeuffArch. 48/279.

ein, daß eine solche Auffassung zu Unzuträglichkeiten führt, wenn die Gesetze bei der Gewährung von Rechten an die Arbeitnehmer, die von der Beschäftigungsdauer abhängig sind, nur die Dauer der Arbeitsverträge berücksichtigen. In Wirklichkeit dürfte auch auf Grund des (im Zweifel anzunehmenden) Schuldbeitritts des Erwerbers eine andere Konstruktion gerechtfertigt sein. Das Angebot auf Fortsetzung der Arbeitsverträge bedeutet eine Aufforderung an die Arbeitnehmer des Inhalts, den Erwerber mit Eintritt des Kündigungstermins weiterhin als Gläubiger der Dienstansprüche und zugleich als alleinigen Schuldner der entstehenden Lohnforderungen anzuerkennen. Sodann erfolgt am nächstzulässigen Kündigungstermin seit Veräußerung des Unternehmens der Eintritt des Erwerbers in die laufenden Arbeitsverträge. Es wird also ein Ergebnis wie zu A erzielt mit dem Unterschied, daß der Eintritt in die Arbeitsverträge um die Kündigungstermine hinausgeschoben ist.

Wird das Resultat auf seine Begründetheit geprüft, so müssen folgende Gedankengänge maßgebend sein. Die Arbeitnehmer waren davor zu schützen, daß ihnen ein anderer Lohnschuldner substituiert wird. Ihre Zustimmung macht diesen Schutz illusorisch, deshalb sind strenge Anforderungen an sie zu stellen (A). Liegt eine Zustimmung nicht vor (B), darf es der Veräußerer nicht einfacher haben als in anderen Fällen, in denen er von den Arbeitsverträgen befreit sein will. Aus diesem Grunde müssen die Vorschriften über die Kündigung innegehalten werden. Danach steht es aber dem Erwerber frei, die Arbeitsverträge zu übernehmen. Die Übernahme bedarf für die Passivseite der Zustimmung der Arbeitnehmer, die verweigert werden mag. Durch ihr Einverständnis wird dieses Mal jedoch nicht ein Interesse beeinträchtigt, so daß die Zustimmung ohne Bedenken als durch die Fortsetzung der Arbeit beim Erwerber stillschweigend erklärt angesehen werden kann[127]).

---

126) L., § 51 Anm. 19.
127) Vgl. hierzu die Konstruktion Ritters, § 59,6 a. E.

C) Die Parteien des Veräußerungsvertrages haben die Übernahme von (allen oder einzelnen) Arbeitsverträgen ausgeschlossen.

a) Die Dienstansprüche sind übertragbar.

Die Rechtslage ist am Anfang die gleiche wie in den soeben unter A und B besprochenen Fällen. Aus irgendeinem Grunde haben aber die Parteien des Veräußerungsvertrages die oben zum Ausgangspunkt der Untersuchungen gemachte Regel, daß die übertragbaren Dienstansprüche auch übertragen sind, ganz oder z. T. außer Kraft gesetzt. Mit der Übertragung der Dienstansprüche ist zugleich ausgeschlossen die Übernahme der Lohnschulden. Das Gegenteil ist nur in der Theorie vorstellbar. Jedoch wurde schon oben bemerkt [128]), daß auf Grund der §§ 25 HGB., 419 BGB. eine Haftung des Unternehmenserwerbers für die rückständigen Löhne in Frage kommt.

Der Arbeitsvertrag bleibt bei dem Veräußerer. Er allein ist aus ihm berechtigt und verpflichtet. Da aber das Unternehmen, in dem die Dienste zu leisten sind, veräußert ist, kann der Veräußerer die Dienste nicht annehmen. Er kommt demgemäß (mit Angebot der Dienste durch die Arbeitnehmer) in Annahmeverzug [129]). Dies kann nicht zweifelhaft sein; entscheidend ist, daß die Dienstleistung des Arbeitnehmers noch möglich bleibt, bloße Unmöglichkeit der Annahme ist gleichgültig [130]). Daher hat der Veräußerer nach näherer Maßgabe des § 615 BGB. dem Arbeitnehmer den Lohn fortzuzahlen, ohne daß dieser zur Nachleistung verpflichtet wäre. Trifft den Veräußerer (ausnahmsweise) [131]) eine Beschäftigungspflicht, so kommt er auch in Leistungs-

128) § 7 B, Anm. 115 S. 59.

129) Vgl. Hueck, L., § 32 III 2, § 51 IV.

130) Vgl. für alle Enneccerus, II 1, § 280 Anm. 1; Enneccerus-L., § 57 (280) Anm. 4, und § 144 (367) IV.

131) Enneccerus-L., § 143 (366) Anm. 14; Hueck, L., § 44.

verzug und hat den Arbeitnehmer nach allgemeinen Vorschriften zu entschädigen.

Die Pflicht zur Fortzahlung des Lohnes besteht solange, bis der Arbeitsvertrag mit dem Veräußerer beendet ist. Wie schon oben ausgeführt wurde, steht dem Veräußerer zu diesem Zwecke nur das Mittel der ordentlichen Kündigung zur Verfügung[132])[133]). Die gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfristen sind innezuhalten. Die Kündigung kann ausdrücklich erfolgen, wird aber auch als durch die Nichtannahme der Dienste durch den Veräußerer und Erwerber (stillschweigend) erklärt angenommen werden dürfen[134]). Diese Kündigung hat die Entlassung des Arbeitnehmers zum Ziel. Infolgedessen haben hier die Kündigungsbeschränkungen Anwendung zu finden[135]).

Der Arbeitnehmer kann gemäß § 84 BRG. gegen die Kündigung Einspruch erheben, der sich regelmäßig auf die Generalklausel der Ziffer 4 dieser Vorschrift stützen wird[136]). Gelangt der Einspruch auf dem Wege des § 86 BRG. an das Arbeitsgericht, und entscheidet dieses, daß er gerechtfertigt ist, so kann den Veräußerer[137]) nur die Entschädi-

---

132) Vgl. Hueck, L., § 42 II 3 a, § 56 VII, und oben B, Seite 59/60. Ferner Titze, § 124,1 c; Kaskel, § 31 III A II.

133) Ob der Arbeitnehmer zur außerordentlichen Kündigung berechtigt ist, kann dahingestellt bleiben. Die Frage dürfte zu bejahen sein. Vgl. auch Mosse-Heymann, § 70,5.

134) Anders wohl Koenige, § 66 Anm. 3.

135) Wie hier anscheinend auch Potthoff, S. 42 ff., 1c. Nicht begründet ist die Meinung Schulz-Schäffers, daß die Kündigungsbeschränkungen nur in den Fällen der §§ 25 HGB., 419 BGB. und unter besonderen Umständen zur Anwendung kommen.

136) Zu der Formel „durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt" richtig Hueck, ZfHR. 85/383 f.; s. a. Mansfeld, § 84 B 4 d; dens., ArbRA. 10/289 ff.; neuestens Jadesohn, LZ. 25/213 ff. — Über die unberechtigte außerordentliche Kündigung als fünften Einspruchsgrund vgl. für alle Mansfeld, § 84 C.

137) Der Standpunkt Nörpels, ArbRA. 10/149 ff., daß der neue Arbeitgeber (und neben ihm der bisherige) verpflichtet sei, weil die Ansprüche der Arbeitnehmer aus dem Betrieb erwüchsen, greift der Entwicklung, noch dazu in nicht konsequenter Weise, vor.

gungspflicht des § 87 BRG. treffen. Zwar mag das Arbeitsgericht in diesem Falle den Arbeitgeber-Veräußerer zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers, aushilfsweise zur Zahlung einer Entschädigung verurteilen. Haben aber die Parteien des Veräußerungsvertrages die Übertragung des mit dem Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrages ausgeschlossen, so ist eine Weiterbeschäftigung (im Betriebe) unmöglich. Daher kann nur die Entschädigungspflicht praktisch werden. Damit steht allerdings soviel fest, daß es eine Auswahl zwischen zwei Möglichkeiten, wie sie § 87 BRG. zur Verfügung stellt, im Falle der Unternehmensveräußerung nicht gibt[138]). Müßte eine solche Rechtslage hergestellt werden, dann hätte dies auf Kosten der Freiheit der Veräußerungsvertragsparteien zu geschehen. Dazu besteht aber kein Anlaß, da § 87 BRG. dem Willen des Arbeitgebers weitgehenden Einfluß einräumt, vgl. Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2[139]). — Zur Kündigung derjenigen Arbeitnehmer, die Mitglieder der Betriebsvertretung sind, hat der Veräußerer-Arbeitgeber die Zustimmung der Betriebsvertretung einzuholen, § 96 Abs. 1 BRG. Die Zustimmung kann versagt werden. Wird sie darauf nach § 97 BRG. auch vom Arbeitsgericht nicht ersetzt, so muß der bisherige Rechtszustand aufrechterhalten werden. Der § 97 Satz 3 BRG. schreibt vor, daß der Arbeitgeber bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts verpflichtet ist, den Arbeitnehmer weiter in seinem Betriebe zu beschäftigen[140]). Folglich sollte nach dem Willen des Gesetzgebers diese Verpflichtung auch *nach* einer

---

Vgl. oben zu RGZ. 106/272 ff. Richtig ArbRPr. 2/206 bei der Besprechung einer RAG.-Entscheidung; richtig auch *Potthoff*, ArbRPr. 1/5 ff.; *Kaufen*, AZfA. 11/145 ff. — Dasselbe ist einzuwenden gegen *Dersch-Volkmar*, 1. Anhg. (S. 790 ff.); *Dersch*, ArbRPr. 3/181 ff., III 2 e; AZfA. 11/155 ff.

138) Nach *Pitzer*, ArbGer 35/210 ff., müßte daher die Einspruchsklage abgewiesen werden. — Es muß dahingestellt bleiben, ob sich die im Text vertretene Auffassung mit einer der drei Theorien über das Wahlrecht, — dazu für alle *Mansfeld*, § 97,4 —, in Widerspruch setzt.

139) *Kaufen*, ArbGer. 35/428 ff.; JW. 60/1227 ff.

140) Dies im Gegensatz zu § 86 Abs. 2 BRG.

entsprechenden Entscheidung des Arbeitsgerichts bestehen bleiben. Was unter Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu verstehen ist, dürfte nicht fraglich sein. Da eine Beschäftigungspflicht für den Arbeitgeber nur ausnahmsweise besteht[141]), kann der Arbeitnehmer regelmäßig nur verlangen, daß ihm fernerhin Lohn gezahlt, und außerdem seine Stellung als Mitglied der Betriebsvertretung erhalten wird[142]). Mit dieser Regelung ist nun in der Tat in die Freiheit der Veräußerungsvertragsparteien eingegriffen. Wird ein Betrieb veräußert, so muß der Erwerber gegebenenfalls den Arbeitnehmer sicherlich als Mitglied der Betriebsvertretung übernehmen[143]). Da aber das Gesetz diese Eigenschaft des Arbeitnehmers von derjenigen als Vertragspartei des Arbeitsvertrages (mit Recht) nicht trennt[144]), ist der Erwerber zugleich verpflichtet, den Arbeitnehmer zu entlohnen und, falls eine Beschäftigungspflicht besteht, auch zu beschäftigen. Der Erwerber hat also ferner in den Arbeitsvertrag mit dem Betriebsvertretungsmitglied einzutreten. Infolge dieser Verbindung ist der Zeitpunkt des Eintritts der gleiche wie in dem unter A dargestellten Falle. — Eine andere Frage ist es, ob sich auch der Arbeitnehmer, der Mitglied der Betriebsvertretung ist, vom Erwerber übernehmen lassen muß. Eine nicht unbedeutende Meinung[145]) geht dahin, daß ein Verzicht des Arbeitnehmers auf die Zustimmung der Betriebsvertretung nicht möglich sei. Dem widerspricht aber die Vorschrift des § 39 Abs. 1 BRG., nach dem die Mitgliedschaft im

---

141) Vgl. oben Anm. 131 S. 64.

142) So auch Mansfeld, § 87,4; § 96,3; v. Franke, SchlW. 6/191 f.; Kaufen, JW. 60/1227 ff.

143) Der Bestand der Betriebsvertretung wird also von einem Arbeitgeberwechsel nicht berührt. So auch Feig-Sitzler, § 9,2; Flatow, § 9,8; Warneyer, § 9,1; Raab, SchlW. 9/175 ff.: Kaufen, ArbR. 17/673 ff.

144) Vgl. auch § 39 BRG. Anders anscheinend Dersch, ArbRPr. 3/143 ff. bei II 3,4; demgegenüber aber Kaufen, ArbGer. 35/428 ff.; ArbR. 17/673 ff.; AZfA. 11/153; JW. 60/1227 ff. (dort Anm. 3 mit Recht gegen das RAG.).

145) Z. B. Block, AZfA. 8/597 ff.; Mansfeld, § 96,1; s. aber ebenda und Ziff. 2 b.

Betriebsrat durch Beendigung des Arbeitsvertrages erlischt. Der Beendigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer aber sind keine anderen als die allgemeinen Schranken gesetzt[146]). Er ist nicht gezwungen, sich von einem neuen Schuldner übernehmen zu lassen[147]).

Das Entsprechende gilt, wenn einem schwerbeschädigten Arbeitnehmer gekündigt wird, und die Hauptfürsorgestelle gemäß §§ 13 ff. SchwBG. ihre Zustimmung zur Kündigung versagt[148]) [149]). Im übrigen ist die Kündigungsfrist des § 13 Abs. 1 SchwBG. zu beachten. — Weit darüber hinaus gehen die Kündigungsfristen des § 2 KSchGA.

b) Die Dienstansprüche sind nicht übertragbar.

Auch in diesem Fall bleibt der Arbeitsvertrag beim Veräußerer, ohne daß deshalb eine Mithaftung des Erwerbers auf Grund der §§ 25 HGB., 419 BGB. ausgeschlossen wäre. Nunmehr ist aber die Übertragbarkeit der Dienstansprüche nach dem Willen der Arbeitsvertragsparteien, und deshalb ihre Übertragung (und zugleich die Übernahme der Lohnschulden) durch die Veräußerungsvertragsparteien ausgeschlossen. — Da hier die bestimmte Persönlichkeit des Unternehmensinhabers in den Mittelpunkt des Vertrages gerückt ist, muß mit einer vielleicht stillschweigenden Vereinbarung der Parteien gerechnet werden, daß der Arbeitsvertrag mit dem Fortfall des bestimmten Unternehmensinhabers beendet sein soll. Dies ist im Einzelfall zu prüfen[150]). Im übrigen kommt wiederum der § 615 BGB. zur Anwendung mit der Folge, daß die sich aus ihm ergebenden Verpflich-

146) Richtig auch Hueck, ZfHR. 85/426 ff.; Feig-Sitzler, § 96,1; Kaufen, ArbGer. 35/428 ff.; JW. 60/1227 ff.

147) Kaufen, AZfA. 11/153, JW. 60/1227 ff.

148) Über die Bedeutung des Willens des Schwerbeschädigten richtig Peters, ArbRuSchl. 12/193 ff.

149) Zum Verhältnis des § 13 SchwBG. zu den §§ 84 ff. BRG. vgl. Mebes, § 13 B. pr., s. auch B. 4. S. auch Baum, K., Anm. 3 zu § 2 Abs. 3.

150) Vgl. Kreller, ArchZivPr. 123/304.

tungen erst nach Ablauf der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist erlöschen. Dagegen gelangen nicht auch die Kündigungsschutzvorschriften zur Anwendung. Dies ist aus ihrem Zweck, dem Arbeitnehmer die Arbeitsstätte zu erhalten[151]), zu folgern. Hier hat der Arbeitnehmer zum Ausdruck gebracht, daß ihm an der Arbeitsstätte (als solcher) nichts gelegen ist[152])[153]).

§ 8.

(Anhang:) Der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes.

Nach dieser Darstellung des geltenden Rechts ist von Interesse festzustellen, wie der schon seit längerer Zeit vorliegende Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (AAVG.)[154]) die oben aufgetretenen Fragen beantwortet. Da sich die Abhandlung die Erörterung rechtspolitischer Gedankengänge nicht zum Ziel setzt, der Entwurf überdies geeigneter Gegenstand einer umfangreichen selbständigen Untersuchung ist, soll hier im wesentlichen nur die Regelung selbst wiedergegeben werden[155]).

---

151) S. oben § 7 B, S. 61.

152) Vgl. den umgekehrt gelagerten Fall oben a. a. O.; ferner oben § 4 S. 39. Für die Mitgliedschaft in der Betriebsvertretung soeben S. 67; dazu, daß auch das Einspruchsrecht nach § 84 BRG. verzichtbar ist, vgl. Mansfeld, V § 84.

153) Vanselow, SchlW. 1922/95 ff., setzt sich über die Kündigungsbeschränkungen hinweg, indem er den Inhaberwechsel als wichtigen Kündigungsgrund (vgl. § 96 Z. 3 BRG.; § 13 Abs. 2 SchwBG.) bezeichnet, sicherlich in Widerspruch mit dem geltenden Recht. Infolge der enumerativen §§ 123/24 a GewO. gelangt Vanselow aber nur für Angestellte zum Ziel und fordert deswegen für die Arbeiter die weitherzige Auslegung des § 96 Z. 1 BRG. (!). Auch der § 84 Z. 4 BRG. soll sich eine derartige Auslegung gefallen lassen. — Einfach ablehnend und unzutreffend Schulz-Schäffer, dem sich auch hier Kallee-Gros anschließen.

154) Abgedruckt in RArbBl. 1923, AT., S. 498 ff.

155) Im übrigen mag auf die in nicht geringem Maße vorhandene Literatur zum AAVG. verwiesen werden. Besonders hervorzuheben sind: Molitor-Hueck-Riezler, „Der Ar-

Für den Regelfall bestimmt der § 23 AAVG. in Übereinstimmung mit § 613 Satz 2 BGB., daß der Anspruch auf die Arbeitsleistung im Zweifel unübertragbar sei. Wird dagegen ein Unternehmen veräußert, so sind „Ansprüche auf Arbeitsleistung im Zweifel übertragbar und übertragen", § 25 Abs. 1 AAVG. Wenn die Arbeitsansprüche im Falle der Unternehmensveräußerung für im Zweifel übertragbar erklärt werden, so bedeutet dies die gesetzliche Anerkennung der schon heute auf Grund restriktiver Auslegung in Geltung befindlichen, dem § 613 Satz 2 BGB. (§ 23 AAVG.) entgegengesetzten Auslegungsregel. Maßgebend ist und bleibt also in diesem Rahmen der Parteiwille; auch nach dem Entwurf gibt es weder „Ausnahmen", wie man sie oben verschiedentlich für die sog. „niederen Dienste" machen wollte, noch ist auf den § 399 BGB. zurückzugreifen.

Etwas reichlich schematisch[156]) ist die Vorschrift des § 25 Abs. 2 AAVG. Danach gehen mit den Ansprüchen gegen den Arbeitnehmer auch die Verpflichtungen aus den Arbeitsverträgen des früheren Arbeitgebers auf den neuen Arbeitgeber über. Zugleich soll der frühere Arbeitgeber bis zu dem für den Arbeitnehmer nächstzulässigen Kündigungstermin für die Erfüllung haften „wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat". Die Regelung deckt sich im Ergebnis mit der schon oben im § 7 B[157]) gefundenen Lösung. Zwar erfolgt der Eintritt des Erwerbers in die Arbeitsverträge im Zeitpunkt des Unternehmensübergangs. Dies geschieht aber lediglich in Konsequenz der Vorschrift, daß der Veräußerer nicht als Schuldner, sondern nur wie ein selbstschuldnerischer Bürge verhaftet ist[158]), einer Konstruktion, die dem Gesetz offensteht. Freilich wird auch eine

---

beitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes", 1925, besonders Kap. 9, und v. Kreller, ArchZivPr. 122/1 ff.; 123/263 ff.; 125/1 ff.

156) Unberücksichtigt sind der oben § 7 A besprochene und der oben § 5 a. A., Anm. 60 S. 45, angedeutete Fall. Es fehlt das auch für die Passivseite angebrachte „im Zweifel".

157) S. 63.

158) Vgl. dazu Enneccerus, I 2, § 308 III 2 c.

Zustimmung der Arbeitnehmer zu der nach Ablauf der Kündigungsfrist vorliegenden Schuldübernahme nicht gefordert. Ein Äquivalent enthält indessen die Bestimmung, daß die Haftung des Veräußerers bis zu dem für den Arbeitnehmer nächstzulässigen Kündigungstermin andauern soll. Sie ist jedenfalls nur aus diesem Grunde verständlich. — Eine einseitige Bevorzugung des Arbeitnehmers dürfte aber der § 26 AAVG. bedeuten, nach dem der Arbeitsvertrag mit dem neuen Arbeitgeber als auf unbestimmte Zeit, und zwar nur zu Gunsten des Arbeitnehmers, abgeschlossen gilt, auch wenn mit dem alten Arbeitgeber eine bestimmte Vertragszeit vereinbart war.

Im übrigen erhellt, daß der Entwurf mit der oben vertretenen Auffassung auf dem Boden der Zerlegungstheorie steht.

Im ganzen zeigt sich also, daß der Entwurf gewisse Schwierigkeiten in der Konstruktion beseitigt, daß er aber wesentliche Neuerungen nicht einführt. Vom Standpunkt der Abhandlung aus ist es daher durchaus erklärlich, daß das AAVG. noch immer nicht zum Gesetz erhoben worden ist.

3. Abschnitt.

Der Unternehmensübergang auf Grund Verkaufs in seiner Einwirkung auf Tarifverträge.

Es wird weiter der Fall gesetzt, daß auch Tarifverträge abgeschlossen worden sind, die für das nun veräußerte Unternehmen eine Bedeutung haben. In gleicher Weise wie für die Arbeitsverträge ist die Frage nach ihrem rechtlichen Schicksal zu stellen und zu behandeln.

§ 9.

I. Unternehmen und Tarifverträge.

Wiederum steht am Anfang der Untersuchung die Frage nach der rechtlichen Natur der Verträge.

Im Gegensatz zu den Arbeitsverträgen haben die Tarifverträge eine gesetzliche Begriffsbestimmung erhalten. Und zwar bezeichnet der § 1 Abs. 1 Satz 1 der sog. Tarifvertragsverordnung (TVO.) vom 23. 12. 1918/1. 3. 1928 als Tarifvertrag den schriftlichen Vertrag, durch den zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern einerseits, einzelnen Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern andererseits die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen geregelt sind. Arbeitsverträge zwischen den „beteiligten" Arbeitgebern und Arbeitnehmern (dazu Abs. 2) sind nach der gleichen Vorschrift grundsätzlich insoweit unwirksam, als sie von der Regelung im Tarifvertrage abweichen. An ihre Stelle treten sodann die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrages, Abs. 1 Satz 3[1]). Damit hat nur der sog. normative Teil des Tarifvertrages eine Regelung gefunden. Hinzu tritt aber noch ein obligatorischer Teil, der die Beziehungen zwischen den Tarifvertragsparteien betrifft. Umfang und Inhalt dieses Teils bestimmt sich durch nähere Vereinbarung der Parteien. Wenn hierüber garnichts gesagt ist, entsteht jedoch nicht etwa eine Lücke. Vielmehr ist jedem Tarifvertrag ein obligatorischer Teil immanent, indem den Parteien die sog. Friedenspflicht und Tariferfüllungspflicht erwächst[2]). Beide Teile stehen nicht ohne rechtlichen Zusammenhang nebeneinander[3]). Dies wird besonders für die Dauer des Tarifvertrages bedeutungsvoll. — Die rechtliche Natur des so zusammengesetzten Tarifvertrages ist be-

---

1) Es handelt sich um die sog. Unmittelbarkeit des Tarifvertrages.

2) So u. a. Nipperdey, L., § 5 Anm. 5, § 10 I 3 b, unter richtiger Berufung auf die Tarifidee; Kaskel, S. 19 Anm. 2. — Über diese Pflichten im einzelnen Nipperdey, L., § 10 II, III. — Die Notwendigkeit eines obligatorischen Teils ist nicht ganz unbestritten. Vgl. Nipperdey, L., § 10 Anm. 8. — Dazu, ob ein normativer Teil fehlen kann, vgl. Potthoff, ArbRuSchl. 12/324 ff.

3) Vgl. Nipperdey, L., § 11 I; Kaskel, § 6 I D 3; Jacobi, Grl., III Z. 5 (S. 282); RGZ. 111/166; auch Nipperdey, B., IV Anm. 86 b; Neumann, AZfA. 1926/355; Molitor, ArbR. 1923/339 f.; aber nicht unter einheitlichem Gesichtspunkt. Neuestens Molitor, K., S. 21 ff.

stritten. Die herrschende Meinung[4]) hält den Tarifvertrag für einen Vertrag des Privatrechts. Dieser Ansicht ist der Vorzug zu geben; denn insbesondere wird der Tarifvertrag nicht von Behörden oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften abgeschlossen.

Der normative Teil als „korporativer Arbeitsnormenvertrag“[5]) gewinnt (zunächst) kein Interesse. Er ist rechtsetzende Vereinbarung[6]) und wirkt nur zwischen den Parteien des Einzelarbeitsvertrages[7]). Dagegen ist der obligatorische Teil ein gegenseitiger, schuldrechtlicher (Innominat-)Kontrakt, der Rechte und Pflichten für die Tarifvertragsparteien erzeugt und dem ersten bis sechsten Abschnitt des zweiten Buches des BGB. untersteht.

Der § 1 Abs. 1 Satz 1 TVO. nennt als Vertragsparteien einmal einen einzelnen Arbeitgeber und eine Vereinigung von Arbeitnehmern. In diesem Falle handelt es sich um den sog. Werktarifvertrag. — Ferner können Vertragsparteien sein eine Vereinigung von Arbeitgebern und eine Vereinigung von Arbeitnehmern. Dann liegt ein sog. Verbandstarifvertrag vor. Dieser Fall muß vorerst unerörtert bleiben. Offenbar stehen hier Rechte und Pflichten der Arbeitgebervereinigung in Frage. Der einzelne Arbeitgeber, der sein Unternehmen veräußert, ist nur als Mitglied der Vereinigung an dem Tarifvertrage beteiligt[8]).

Demgegenüber kann der obligatorische Teil eines Werktarifvertrages zu den Arbeitsverträgen in Parallele gestellt werden. Dies muß aber auch geschehen, und demnach

---

4) Vgl. für alle Nipperdey, L., § 12 I u. Anm. 2. — A. M. aber Kaskel, S. 20 Anm. 3 u. § 6 I D 2 c, der jedoch „in Ermangelung anderer Vorschriften den Vertrag nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beurteilen“ will. — Vgl. auch Potthoff, ArbR. 18/193 ff.

5) Vgl. Sinzheimer, KA., I, 3. Kap. 3.

6) Vgl. Tatarin-Tarnheyden, S. 42.

7) Bestritten nur von Jacobi, Grl., § 15 III 4 („kollektiver Schuldvertrag“). Der Streit bleibt ohne praktische Konsequenzen.

8) Dem Theorienstreit soll damit nicht vorgegriffen werden. Darüber unten im § 11.

wie oben im § 3 die Frage gestellt werden, ob jene Rechte und Pflichten Bestandteile des Unternehmens (im Sinne des Rechtsverkehrs) sind. Die Literatur hat noch keine Stellung genommen. Doch dürfte die Frage auch hier ohne weiteres zu bejahen sein. Vor allem ist zweierlei zu beachten. Der jedem Tarifvertrag immanente obligatorische Teil dient im weitesten Sinne der Durchführung des normativen Teiles[9]). Dieser aber geht, soweit die Arbeitnehmer Mitglieder der vertragschließenden Arbeitnehmervereinigung sind, in die Einzelarbeitsverträge über. Sind also die Arbeitsverträge Bestandteile des Unternehmens, so sind es kraft Zusammenhangs auch die Tarifverträge. Und überhaupt werden die Tarifverträge vom Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens abgeschlossen, sie sind dem Unternehmen zugeordnet.

Danach kann sich die sogleich im folgenden Paragraphen anzustellende Betrachtung des Werktarifvertrages in ihrer Ausführung vollen Umfangs an die der Arbeitsverträge anschließen.

II. Die Tarifverträge.

§ 10.

1. Der Werktarifvertrag.

Was zunächst die Rechte aus dem Tarifvertrag anbetrifft, so steht der Übertragung ein rechtliches Hindernis nicht entgegen. Vielmehr findet der § 398 BGB. Anwendung[10]). Möglicherweise hat aber die Arbeitnehmervereinigung in einem Ausnahmefalle den Tarifvertrag mit einem bestimmten Arbeitgeber und nur mit ihm abgeschlossen, so daß nach dem Willen der Vertragsparteien der Tarifvertrag nicht an das Unternehmen, sondern an den bestimmten Unternehmensinhaber gebunden ist. Dann liegt der Fall des § 399 BGB. vor. Insofern kann auch hier

9) Dazu s. auch Kloß, ArbRuSchl. 12/147.

10) Vgl. auch Schall, JhJ. 52/177 ff.; Sinzheimer, KA., II, Kap. 2, § 1 Anm. 30.

zwischen Übertragbarkeit und Unübertragbarkeit der Gläubigerstellung unterschieden werden.

Die Übertragung der Schuldnerstellung andererseits erfolgt durch Schuldübernahme und bedarf daher der Zustimmung des Gläubigers, der Arbeitnehmervereinigung[11]), gemäß § 415 BGB. Die Zustimmung kann ausdrücklich erfolgen, allgemeinen Grundsätzen entsprechend aber auch stillschweigend. Freilich wird es regelmäßig an einem schlüssigen Verhalten der Arbeitnehmervereinigung fehlen. Andererseits kann ihr ein positives Tun, etwa eine Kündigung oder ein Einspruch, nicht zugemutet werden. Dies erhellt insbesondere aus einem Vergleich der §§ 415 und 416 BGB. Indessen kann hier die oben[12]) näher charakterisierte Substitutionsermächtigung zum Ziele führen. Sofern nicht der § 399 BGB. für die Gläubigerseite des Tarifvertrages in Geltung ist, hat die Arbeitnehmervereinigung den Arbeitgeber stillschweigend ermächtigt, den neuen Gläubiger auch als Schuldner des Tarifvertrages einzusetzen. Diese Konstruktion kann hier zu Grunde gelegt werden, weil sie für den Vertragsgegner nur Vorteile und keine Nachteile im Gefolge hat. Die Solvenzfrage spielt überhaupt keine wesentliche Rolle. Entscheidend für die Arbeitnehmervereinigung und von ihr gewollt ist die Durchführung des Tarifvertrages. Diese Pflicht kann aber der Erwerber sicherlich ebensogut erfüllen wie der Veräußerer. Es fragt sich nur, ob nicht darüber hinaus der Erwerber des Unternehmens allein in der Lage ist, den Tarifvertrag durchzuführen. Denn der Veräußerer hat jedenfalls für die vom Erwerber übernommenen und neu geschlossenen Arbeitsverträge die Eigenschaft einer Tarifvertragspartei verloren[13]).

Diese Ansicht[14]) weiter ausgeführt besagt, daß mit der Übertragung der Rechte und Pflichten aus den Tarifver-

11) So richtig Nipperdey, L., § 16 B II 2 a; ungenau Dechant, § 10 nach Anm. 346.

12) § 6 S. 54 ff.

13) Darüber s. unten S. 78.

14) Auch über diesen Fragenkomplex gibt die Literatur so gut wie nichts her. Der § 25 HGB. (und der § 419 BGB.) wird allerdings herangezogen, s. unten. Diesen Vorschriften sollte aber

trägen der Eintritt des Erwerbers in die Tarifverträge erfolgt (Zerlegungstheorie)[15]). Der Erwerber wird Vertragspartei des Werktarifvertrages. Sollte man sich auch nicht dazu verstehen können, eine stillschweigende Substitutionsermächtigung als gegeben anzusehen, so führt doch die dann notwendige Annahme einer mit Schuldbeitritt verbundenen Erfüllungsübernahme[16]) zum gleichen Erfolg. Nur treten an die juristische Konstruktion die gleichen Aufgaben heran wie bei der Erörterung der Arbeitsverträge, auf die deshalb verwiesen werden darf.

Zu untersuchen bleiben an dieser Stelle noch die Fälle, in denen die Übernahme des Werktarifvertrages durch die Parteien des Veräußerungsvertrages ausgeschlossen wurde. Dies kann geschehen sein, trotzdem der Tarifvertrag übertragbar, oder weil er infolge eines dahinzielenden Willens der Tarifvertragsparteien gemäß den §§ 399, 415 BGB. (ausnahmsweise) unübertragbar ist[17]). Überall tritt der Erwerber nicht in die bestehenden Tarifverträge ein, sondern der Veräußerer ist und bleibt allein Tarifvertragspartei. Große Bedeutung gewinnen aber gerade in diesem Zusammenhang die §§ 25 HGB., 419 BGB., deren deshalb auch erst hier Erwähnung zu tun ist.

Der § 25 HGB. kommt zur Anwendung, wenn die sich aus dem Tarifvertrage ergebenden Pflichten als im

---

nicht, wie es regelmäßig geschieht, das Hauptinteresse zugewendet werden. — Wie hier Molitor, K., A. § 8, 14, wenn seine den Arbeitsverträgen parallele Konstruktion auf den Kern zurückgeführt wird. — Sicher zu eng ist die Auffassung Schulz-Schäffers, daß der Arbeitgeber im Zweifel nur in eigener Arbeitgebereigenschaft berechtigt und verpflichtet sei. Deshalb soll nach ihm der Tarifvertrag mit der Unternehmensveräußerung erlöschen, und eine Anwendung der §§ 25 HGB., 419 BGB. ausgeschlossen sein. Dies könnte noch im Ergebnis richtig sein; aber von einem „Eintritt des Erwerbers in den Tarifvertrag" auf Grund einer Einigung mit der Arbeitnehmervereinigung kann dann keine Rede sein. Nicht verständlich ist, weshalb Sch.-Sch. nach alledem die Vererblichkeit anerkennt.

15) Vgl. Schall, JhJ. 52/149.

16) Vgl. Nipperdey, L., § 17 Anm. 5.

17) Vgl. oben § 7 C.

Betriebe eines Handelsgeschäftes begründete Verbindlichkeiten angesehen werden müssen. Diese Voraussetzung liegt nun genau wie bei den Verpflichtungen aus Arbeitsverträgen vor[18]). — Rücksichtlich des § 419 BGB. besteht eine weitere Problematik nicht.

Der Erwerber ist also innerhalb des Geltungsbereiches dieser beiden Paragraphen neben dem Veräußerer zur Erfüllung der aus dem Tarifvertrage entstehenden Verbindlichkeiten, vor allem zur Durchführung verhaftet[19]).

In derart gelagerten Fällen dauert die Haftung des Erwerbers solange an, bis die Tarifverträge mit dem Veräußerer ihr Ende gefunden haben. Die Tarifverträge können ihren Endtermin in sich tragen[20]). Möglich ist auch, daß im Einzelfall ein contrarius consensus der Tarifvertragsparteien vorliegt. Andernfalls muß als Mittel der Beendigung die ordentliche Kündigung Platz greifen. Eine außerordentliche Kündigung aus dem Grunde der Unternehmensveräußerung ist hier ebensowenig zulässig wie bei den Arbeitsverträgen[21]). Da ein Verhalten des Veräußerers, aus dem auf eine Kündigung geschlossen werden könnte, nicht gegeben

---

18) Den § 25 HGB. wenden denn auch ohne weiteres an: Nipperdey, L., § 16 B II 2 a; Hueck, TV., Anm. 12 zu § 6; mit (absichtlicher?) Beschränkung auf juristische Personen: Neumann, ArbRPr. 2/54, II 1 a; Sinzheimer, KA., II a. a. O.; Hueck, H. III, § 6,4; beide unter Berufung auf die Betriebszugehörigkeit; Jacobi, Grl., § 13 II 4. Hier auch Meissinger, AZfA. 1924/524 ff.

19) Nipperdey, a. a. O. zu Anm. 46, spricht (mißverständlich) davon, daß der Erwerber „Tarifpartei" wird. Nicht genau auch Neumann a. a. O.; Hueck, H. III, a. a. O.; unklar Meissinger a. a. O. — Vgl. auch Dechant, § 10 nach Anm. 346.

20) Gerade auf diese Möglichkeit muß sich die Aufmerksamkeit richten, wenn unübertragbare Tarifverträge in Rede stehen. Vgl. oben § 7 C b.

21) Ob mangels einer gesetzlichen Vorschrift eine Kündigung aus wichtigem Grunde bei Tarifverträgen überhaupt stattfinden kann, ist umstritten. Darüber vgl. Nipperdey, L., § 16 B II 1, und zugehörige Anmerkungen. Über die recht problematische Kündigungslehre im einzelnen vgl. Nipperdey, L., § 16 B, bes. auch ebenda I 3.

ist, wird ausdrückliche Kündigung durch den Veräußerer oder Erwerber zu fordern sein[22]).

Sind dagegen die Voraussetzungen der §§ 25 HGB., 419 BGB. nicht erfüllt, wird also etwa nicht ein Handelsgeschäft veräußert, oder die Firma zwar fortgeführt, aber die Vorschrift des § 25 Abs. 2 HGB. innegehalten, oder die Firma nicht fortgeführt und auch dem § 25 Abs. 3 HGB. keine Geltung verschafft, oder handelt es sich nicht um die Veräußerung eines Vermögens oder fast des ganzen Vermögens, so treffen den Erwerber keinerlei Pflichten[23]). Verpflichtet ist allein der Veräußerer.

In diesem Zusammenhang wird die Antwort auf die Frage, welche Verbindlichkeiten der Veräußerer auf sich nehmen muß, besonders wichtig[24]). Soviel steht fest, daß der Veräußerer hinsichtlich der bei ihm verbliebenen Einzelarbeitsverträge zur Durchführung des Tarifvertrages verpflichtet bleiben kann und muß. Auf der anderen Seite ist sicher, daß der Veräußerer nicht für die Durchführung des Tarifvertrages verantwortlich gemacht werden kann, was die vom Erwerber neu geschlossenen Arbeitsverträge angeht. Problematisch bleibt, wie es um die Verpflichtungen des Veräußerers in Anbetracht der vom Erwerber übernommenen Arbeitsverträge bestellt ist. Zwar verliert der Veräußerer in dieser Beziehung die Möglichkeit einer Einflußnahme, so daß sich seine Schuld auf Ersatzleistungen konzentrieren muß. Aber es dürfte doch kein Grund bestehen, ihn hiervon zu entbinden, wenn nicht der einfache Grundsatz: pacta sunt servanda außer Kraft gesetzt werden soll[25]). Die Ersatz-

---

22) Der Arbeitnehmervereinigung dürfte eine außerordentliche Kündigung aus diesem Anlaß zuzubilligen sein, vgl. oben § 7 C a, Anm. 133 S. 65.

23) Über die sog. Nachwirkung s. unten § 12.

24) Sie ist im übrigen für die Abgrenzung der Mithaftung des Erwerbers bedeutungsvoll.

25) Die Auffassung Nipperdeys, L., § 16 B II 2 a, vgl. auch § 17 IV 1, daß in diesen Fällen der Tarifvertrag im Hinblick auf seine Zweck- und Gegenstandslosigkeit beendet wird, ist also nur als teilweise richtig anzusehen. — Wie Nipperdey auch Meissinger a. a. O.; Molitor, K., a. a. O.; im übrigen mit

pflicht wird allerdings nicht praktisch, wenn eine Nachwirkung des Tarifvertrages anzuerkennen ist [26]).

Der in dem so dargestellten Umfang vorhandenen Vertragsfreiheit der Veräußerungsvertragsparteien wird Abbruch getan durch eine mehrfach vertretene Ansicht [27]), daß der Veräußerer-Arbeitgeber verpflichtet sei, für die Innehaltung des Tarifvertrages durch den Erwerber Sorge zu tragen. Sofern eine Begründung dieser Anschauung überhaupt gegeben wird, begnügt man sich zu sagen, daß der Tarifvertrag „im Betriebe" abgeschlossen werde [28]). Es wurde gezeigt, daß dies nicht ausnahmslos der Fall ist. Wird aber auch der Tarifvertrag, wie allerdings regelmäßig, im Betriebe abgeschlossen, so ist mangels einer Rechtssubjektivität des Unternehmens nicht das Unternehmen, sondern der Unternehmensinhaber Vertragspartei. Dem Erwerber können keine Durchführungspflichten aufgebürdet werden. Sollte also der Arbeitgeber an der Veräußerung seines Unternehmens verhindert sein, wenn der Erwerber die Tarifverträge nicht übernehmen, der Veräußerer aber gegen jene angeblich weitere dem Tarifvertrag immanente Pflicht nicht verstoßen will? Die Ansicht muß wegen ihrer durch das geltende Recht nicht gedeckten Konsequenzen abgelehnt werden [29]).

Ist im übrigen der Erwerber seinerseits schon Arbeitgeber, so versteht sich, daß er aus dem Tarifvertrage nur

---

dem richtigen Hinweis auf die Einheit des normativen und obligatorischen Teils. — Vgl. andererseits Neumann a. a. O. Über Schulz-Schäffer, s. Anm. 14 S. 75.

26) Vgl. soeben Anm. 23.

27) Vgl. Hueck, TV., a. a. O.; Neumann a. a. O.; Hueck, H. III, a. a. O.

28) So Hueck, TV., a. a. O.; vgl. auch Neumann a. a. O.

29) Ablehnend auch Nipperdey, L., § 16 Anm. 47; derſ., B., IV Anm. 67; Sinzheimer, KA., II, a. a. O.; Meissinger a. a. O.; Schulz-Schäffer; alle ohne weitere Begründung. Zweifelnd Jacobi, Grl., a. a. O. Für freiwillige Rechtsnachfolge auch Molitor, K., a. a. O. Seine Bemerkung, daß eine Verpflichtung, für die Innehaltung des Tarifvertrages durch den Erwerber zu sorgen, vom Veräußerer übernommen werden kann, führt nicht zu neuen Ergebnissen.

für den Bereich des übernommenen, nicht etwa auch seines eigenen Unternehmens verpflichtet wird. Ist der Erwerber an einem Verbandstarifvertrage beteiligt, so liegt ein Fall der sog. Tarifkonkurrenz [30]) vor.

§ 11.

2. Der Verbandstarifvertrag.

Es verbleibt noch die Aufgabe einer Untersuchung des Verbandstarifvertrages [31]).

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 TVO. handelt es sich hierbei um den Tarifvertrag, der „zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und Vereinigungen von Arbeitgebern" abgeschlossen wurde. Danach sollte nichts näherliegen als die Feststellung, daß die Arbeitgebervereinigung Vertragspartei ist, und nicht etwa ihre einzelnen Mitglieder aus dem obligatorischen Teil berechtigt und verpflichtet sind. Allerdings muß eine Vereinigung in Rede stehen, die ein rechtliches Sonderdasein führt, also ein Verein im Sinne des bürgerlichen Rechts, sei er nun rechtsfähig oder nicht. Richtiger Ansicht nach liegt diese Voraussetzung aber auch stets vor. Denn anderenfalls würde es der Vereinigung an der Tariffähigkeit mangeln [32]). Dennoch ist damit nur der Standpunkt einer von drei Theorien [33]), nämlich der freilich vorherrschenden sog. Verbandstheorie [34]), dargestellt. — Ihr tritt einmal die sog. Vertretungstheorie [35]) entgegen mit der Lehre, daß die Vereinigung die Tarifverträge im Namen ihrer Mitglieder abschließe. Gegen diese Auffassung dürfte außer dem Wortlaut der TVO. vor allem einzuwenden sein, daß sie den Begriff der Stellvertretung ver-

30) Darüber im einzelnen Nipperdey, L., § 25.

31) § 9 S. 73.

32) Vgl. Nipperdey, L., § 14 III 2; andere Meinungen ebendort Anm. 10.

33) Vgl. allgemein auch Sinzheimer, KA., I, 1. Abschn., 2. Kap.

34) Über ihre Anhänger Nipperdey, L., § 15 Anm. 4.

35) Vertreten von Lotmar, I, 6. Abschn., 3. Kap., IV a. E.

kennt. Die Vereinigung müßte die Tarifverträge im Namen der einzelnen Mitglieder abschließen, damit sie für und gegen diese wirken [36]). Ferner bleibt unklar, ob und wie die Mitglieder der Vereinigung eine Vollmacht zum Abschluß von Tarifverträgen erteilt haben. — Aus den gleichen Gründen muß auch die andere der herrschenden Lehre gegenüberstehende Ansicht, die sog. Kombinations- oder Kumulationstheorie [37]), zurückgewiesen werden, die dahingeht, daß sowohl die Vereinigung wie die einzelnen Mitglieder Vertragsgegner sind. — Damit ist indessen den beiden Theorien nicht jede Wirksamkeit genommen [38]). Wenn Nipperdey [39]) meint, daß kein Tarifvertrag vorliege, falls der Arbeitgeberverband tatsächlich einmal einen Vertrag im Namen der einzelnen Mitglieder abgeschlossen hat, so ist dem nicht zu folgen, vorausgesetzt, daß der Verband eine entsprechende Vollmacht erhalten hat. Die Auffassung Nipperdeys setzt sich mit dem Gesetz in Widerspruch, nach dem auch der einzelne Arbeitgeber Tarifvertragspartei sein kann [40]).

In solchen (seltenen) Fällen ist dann der einzelne Arbeitgeber, der Mitglied der Arbeitgebervereinigung ist, Ta-

---

36) So mit Recht Nipperdey, L., § 15 I 2 d; überhaupt f. a—f.

37) Vertreten z. B. von Schall, JhJ. 52/118; weitere Vertreter f. bei Nipperdey, a. a. O. Anm. 3.

38) Ein möglicherweise zu Gunsten der einzelnen dem Verbande angehörenden Arbeitgeber abgeschlossener Verbandstarifvertrag verdient kein besonderes Interesse.

39) A. a. O., 3 und Anm. 11; nur allgemein auch Kaskel, § 6 I D 2 b; im wesentlichen Jacobi, Grl., § 11 III; aber nicht Sinzheimer, wie A. irrig meint, f. folg. Anm. Gegen A. vgl. den Text.

40) Wie hier auch Sinzheimer, Grz., S. 255, unter B und Anm. 3. — Jacobi a. a. O. läßt die Kumulation unter den auch hier gemachten Voraussetzungen zu, bezeichnet aber als Tarifvertrag nur die zwischen den Verbänden erklärte Willenseinigung (ohne Begründung). — Wie hier aber ferner auch: Hueck, TV., § 5 zu Anm. 20 (mit Entscheidungen); derf., H. III, § 4 II 2; Groh, S. 31; Matthaei, S. 75; Richter, S. 99; Tatarin-Tarnheyden, Anm. 110; Molitor, K., Anm. 13 zu § 1.

rifvertragspartei. Die Verbandszugehörigkeit steht hier im Gegensatz zu den Regelfällen[41]) außerhalb des zu erörternden Problemkreises, was den Veräußerer-Arbeitgeber wie auch den Erwerber-Arbeitgeber angeht. Die Beantwortung der dieser Untersuchung wesentlichen Fragen richtet sich nach den im vorigen Paragraphen aufgestellten Grundsätzen[42])[43]).

Im Regelfall ist aber der einzelne Arbeitgeber als Mitglied der vertragschließenden Arbeitgebervereinigung nur Tarifbeteiligter im Sinne des § 1 Abs. 2 TVO. Er hat nicht die Eigenschaft einer Tarifvertragspartei und kann infolgedessen im Falle der Veräußerung seines Unternehmens auch die aus dem Tarifvertrage entstehenden Rechte und Pflichten nicht auf den Erwerber übertragen.

Der Veräußerer ist tarifbeteiligt auf Grund seiner Mitgliedschaft in der den Tarifvertrag abschließenden Arbeitgebervereinigung. Zur Erörterung steht die Frage, ob die Mitgliedschaft in der Vereinigung als Bestandteil des Unternehmens im Zweifel an den Erwerber übertragen werden muß[44]).

Die Durchführung einer solchen Regel wird dadurch gehindert, daß die Mitgliedschaft in einem rechtsfähigen Verein ein Persönenrecht[45]) und als solches unübertragbar ist, vgl. § 38 BGB.[46]). Jedoch kann die Satzung gemäß § 40 BGB. die Übertragbarkeit zulassen, etwa in Verfolg einer Vereinbarung mit der Arbeitnehmervereinigung. Ent-

---

41) Dazu s. sogleich.

42) Für die praktischen Fälle der Kumulationstheorie dürften allerdings auch die hinsichtlich der Verbandstheorie zu machenden Ausführungen zu beachten sein, die sogleich folgen werden.

43) Auch Variationen innerhalb der Vertretungstheorie, — dazu Hueck, TV., a. a. O. —, sind praktisch durchführbar.

44) Vgl. oben § 2, 3. 2.

45) Meissinger a. a. O. betont, daß der § 25 HGB. auf die Verbandsangehörigkeit grundsätzlich keine Anwendung finde. Richtig ist, daß diese Vorschrift aber hinsichtlich der Beiträge dem Verband gegenüber in Betracht kommt.

46) Enneccerus, I 1, § 105 III vor Anm. 4, § 71 I 3; (Enneccerus-A., a. a. O. und § 66 II).

sprechendes gilt nach § 54 BGB. und Gesellschaftsrecht[47]) für nicht rechtsfähige Vereine. — In derartigen, wohl nicht allzu häufigen Fällen kann von einer Zugehörigkeit der Mitgliedschaft zum Unternehmen gesprochen werden, sofern der Veräußerer sie in der Tat im Interesse seines Unternehmens eingegangen ist, also „eine Zuordnung" der Mitgliedschaft zum Unternehmen vorliegt[48]). Zum Ausschluß des Übergangs der Mitgliedschaft und damit der Tarifbeteiligung würde sodann jene Auslegungsregel durch die Veräußerungsvertragsparteien außer Kraft zu setzen sein. Sie würde auch außer Kraft gesetzt werden können. Denn eine Verpflichtung zur Übertragung findet hier ebensowenig eine Grundlage wie beim Werktarifvertrag. — Um so weniger ist eine Ansicht berechtigt, nach der etwa die Arbeitgebervereinigung verpflichtet wäre, die Mitgliedschaft für übertragbar zu erklären. Es geht nicht an, hier der schon oben[49]) dargestellten (und abgelehnten) Meinung, daß der Veräußerer-Arbeitgeber verpflichtet sei, für die Innehaltung des Tarifvertrages durch den Erwerber Sorge zu tragen, zur Geltung zu verhelfen. Will man davon absehen, daß damit in die inneren, persönlich geregelten Verhältnisse des Vereins eingegriffen wird[50]), so ist nämlich eins zu bemerken. Mit der Statuierung einer solchen Pflicht allein wäre es nicht getan, es müßte die Pflicht der Mitglieder hinzutreten, ihre Mitgliedschaft zu übertragen.

Regelmäßig wird also der Erwerber um seine Aufnahme in den betr. Arbeitgeberverband einkommen müssen, damit er in Anbetracht der Tarifverträge die gleiche Stellung wie sein Vorgänger einnimmt; es sei denn, daß er schon Mitglied ist[51]). Die Arbeitgebervereinigung ist dann nicht etwa gezwungen, seinem Antrage zu entsprechen. Denkbar wäre

47) Dazu Enneccerus-L., § 174 (397) III u. Anm. 10.

48) Das zieht auch Molitor, K., Anm. 51 zu § 1, unter richtiger Verweisung auf seine Stellungnahme bei den Arbeitsverträgen in Betracht, ohne aber konkreter zu werden.

49) § 10 S. 79.

50) Vgl. Meissinger a. a. O.

51) Vgl. Hawelka, ArbfA. 10/157 ff., dort auch Anm. 5.

zwar, daß vielleicht wiederum auf Grund einer Vereinbarung mit der Arbeitnehmervereinigung eine Bestimmung dieser Art in die Satzung aufgenommen worden ist[52]). Eine Verpflichtung dazu besteht aber aus den soeben genannten Gründen ebenfalls nicht.

Wurde bisher ein mehr passives Verhalten der Arbeitgebervereinigung in Erwägung gezogen, nämlich die Einräumung von Übergangsmöglichkeiten hinsichtlich der Tarifbeteiligung, die von den Veräußerungsvertragsparteien nach ihrem freien Willen ausgenutzt werden können, so kommt auch ein aktives Handeln des Verbandes in Betracht. Der Arbeitgeberverband kann seine Mitglieder für den Fall der Veräußerung ihres Unternehmens satzungsmäßig verpflichtet haben, ihre Mitgliedschaft und damit die Tarifbeteiligung auf den Erwerber zu übertragen. Die Vereinigung kann sogar auf den Gedanken gekommen sein, den Erwerber für tarifbeteiligt zu erklären. — Derartige Bestimmungen dürften im geltenden Recht keine Stütze finden.

Was zunächst den Erwerber angeht, so würde die Satzungsvorschrift nur dann gültig sein, wenn das Gesetz sie sanktionierte, eine Tarifbeteiligung im Sinne des § 1 Abs. 2 TVO. auch für diesen Fall aussprächе. Denn eine Verpflichtung des Erwerbers zur Erlangung der Mitgliedschaft in dem Arbeitgeberverbande kann so nicht begründet werden. Das Gesetz äußert sich nun überhaupt nicht. Eine Erweiterung der Tarifbeteiligung aber (etwa auf Grund analoger Anwendung des § 1 Abs. 2 TVO.) ist nicht nur wegen der aus ihr folgenden, die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien erheblich beschränkenden sog. Unabdingbarkeit des Tarifvertrages abzulehnen[53]), sondern auch

---

52) Über die Möglichkeit einer solchen Bestimmung vgl. RG. vom 23. 11. 1922 in ArbfA. 1923/388.

53) So mit Recht Nipperdey, L., § 17 V 1; derſ., B., IV, VII 2 a; Hueck, H. III, § 8 II pr.; Jacobi, Grl., § 14 I pr. und 1; Groh, S. 39; Molitor, K., Anm. 42 zu § 1; grundsätzlich auch Sitzler-Goldschmidt, Anm. 6 b zu § 1; Herschel, S. 141; Molitor, K., Anm. 51 zu § 1. — Auch Umwege sind nicht zulässig.

wegen ihrer Einwirkung auf die Vertragsfreiheit der Veräußerungsvertragsparteien und letztlich auch die Vereinigungsfreiheit des Erwerbers. Für die Tarifbeteiligung des Erwerbers ist allein seine (freiwillige) Verbandszugehörigkeit maßgebend[54]). — Eine Verpflichtung des Veräußerers andererseits, seine Mitgliedschaft auf den Erwerber zu übertragen, hat die Bedeutung, daß das Unternehmen nicht veräußert werden kann, wenn nicht zugleich die Mitgliedschaft übernommen wird. Man mag die Auffassung vertreten, daß eine solche Satzungsbestimmung die durch Artikel 159 RV. gewährleistete Vereinigungsfreiheit beschränkt, daß sie folglich auf Grund dieses aktuelles Recht enthaltenden Artikels für unwirksam zu halten ist[55]). Jedenfalls sind Austrittsbeschränkungen nur im Rahmen der §§ 39, 723 (138) BGB. rechtlich möglich[56]).

Es bleibt also bei dem Ergebnis, daß bei Vorliegen eines Verbandstarifvertrages der Erwerber unter vollkommener Freiheit seinerseits[57]) wie des Verbandes Mitglied der Arbeitgebervereinigung werden muß, um tarifbeteiligt zu sein. Geschieht dies, so kann wiederum ein Fall der Tarifkonkurrenz praktisch werden, wenn nämlich der Erwerber schon Mitglied eines anderen Arbeitgeberverbandes ist, der mit der gleichen Arbeitnehmervereinigung einen Tarifvertrag abgeschlossen hat.

Wird der Erwerber des Unternehmens nicht Mitglied der Arbeitgebervereinigung, so gelten für den Fortbestand der Tarifbeteiligung des Veräußerers die gleichen Regeln,

---

54) So auch Nipperdey a. a. O., b; Kaskel, § 6 IV C 3a; derf., NAR., S. 20 Anm. 1; Jacobi, Grl., § 14 Anm. 16; Nipperdey, B., I, II, Anm. 18 (der dort eingeklammerte Satz dürfte sich auf den Werktarifvertrag beziehen). Allgemein auch Dechant, § 10 nach Anm. 346.

55) Nipperdey, GR., § 1 I und Anm. 1, läßt den Art. nicht auch für die „negative" Koalitionsfreiheit gelten; § 6 B II. Auch ein anderer verfassungsrechtlicher Schutz finde nicht statt.

56) Vgl. Nipperdey a. a. O., § 6 B III 2 und Anm. 101/2 und 104.

57) Vgl. auch Schulz-Schäffer; Kallee-Gros; Meissinger; alle a. a. O.

wie sie oben[58]) für die Fälle einer fehlenden Mithaftung (und Übernahme) beim Werktarifvertrage aufgestellt wurden[59]).

§ 12.

3. Der normative Teil der Tarifverträge (Tarifbeteiligung).

A.

Einer Darstellung des Unternehmensüberganges auf Grund Verkaufs in seiner Einwirkung auf Tarifverträge erwächst die Aufgabe, noch die folgenden Fälle zu erörtern bzw. weiter zu verfolgen:

a) Werktarifverträge:

α) Es ist möglich, daß der Veräußerer vor dem Übergang des Unternehmens seine Stellung als Tarifvertragspartei aufgegeben hat. Sodann bleibt eine Tarifbeteiligung des Veräußerers als der bisherigen Tarifvertragspartei gemäß § 1 Abs. 2 TVO. zurück[60]), d. h. die Einzelarbeitsverträge laufen mit den bisherigen Tarifbedingungen weiter.

β) Es kann sein, daß der Erwerber den Tarifvertrag nicht übernommen hat, wobei zugleich ein Fall der Anwendung der §§ 25 HGB., 419 BGB. nicht gegeben ist.

b) Verbandstarifverträge:

α) Der Veräußerer mag vor dem Übergang seines Unternehmens aus der Arbeitgebervereinigung ausgeschieden

58) § 10 S. 78.

59) Insofern auch hier gegen Nipperdey, L., a. g. O.; Jacobi, Grl., § 14 I 1; Sitzler-Goldschmidt a. a. O.; Neumann, ArbRPr. 2/53, I 2 b. Vgl. auch Dechant, zu Anm. 347 u. § 11.

60) A. M. aber Nipperdey, L., § 17 Anm. 9, der die Worte „... gewesen sind" nur auf die Mitglieder der Vereinigungen bezieht. Eine Begründung fehlt. Wie hier Hueck, H. III, § 8 II 3. 3, mit dem Hinweis, daß für die Zukunft volle Vertragsfreiheit herrsche; Nipperdey, B., I Anm. 19.

sein. Er hat damit zwar seine mitgliedschaftliche Tarifbeteiligung verloren, ist aber nunmehr in seiner Eigenschaft als gewesenes Mitglied nach § 1 Abs. 2 TVO. tarifbeteiligt [61]).

β) Der Erwerber hat möglicherweise die Mitgliedschaft in der Arbeitgebervereinigung nicht erworben.

Allen vier Fällen ist gemeinsam, daß den Erwerber keinerlei, sei es auch nur durch Mitgliedschaft vermittelte Pflichten aus den Tarifverträgen treffen, und daß er nicht tarifbeteiligt ist. Es steht ihm jedenfalls frei, neue Arbeitsverträge zu abweichenden Bedingungen abzuschließen [62]). — Wird im übrigen angenommen, daß die Veräußerung eines Unternehmens den Abschluß neuer Arbeitsverträge erforderlich mache, so entstehen keine Schwierigkeiten [63]). Folgt man aber der richtigen Ansicht [64]), daß der Erwerber (regelmäßig) in die laufenden Arbeitsverträge eintritt, so ist die Frage, ob diese Verträge mit den tariflichen Bedingungen, die sie unter dem Veräußerer erhielten, fortlaufen [65]). Die Antwort hängt von der Entscheidung über die Natur des normativen Teils der Tarifverträge ab. Es entsteht das Problem der sog. Nachwirkung des Tarifvertrages. — Nipperdey meint [66]), daß die Tarifnormen nicht Inhalt der Arbeitsverträge werden, sondern nur kraft gesetzlicher Anordnung unmittelbar auf sie einwirken. Es versteht sich, daß nach dieser Anschauung die unmittelbare Einwirkung fortfällt, wenn der Tarifvertrag beendet ist, ebenso wie wenn die Tarif-

---

61) Beim Abschluß neuer Arbeitsverträge herrscht Vertragsfreiheit; so mit Recht Nipperdey, L., § 17 II 2 c und IV 2 c. Vgl. auch Erdel, SchlW. 1921/222 f. Der Arbeitgeber darf den Tarifvertrag aber nicht umgehen, darüber Nipperdey ebenda. — Dazu, daß infolge dieser Einschränkung ein einheitlicher Begriff der Tarifbeteiligung nicht besteht, vgl. unten C.

62) Hueck a. a. O. Nur teilweise zutreffend Neumann, ArbRPr. 2/51 ff.

63) Vgl. auch unten C.

64) Darüber s. oben, bes. § 7 A und B.

65) S. auch Molitor, K., Anm. 51 zu § 1; Kaskel, § 6 VI D 1.

66) L., § 20 II 3; die Anhänger seiner Lehre werden genannt ebenda Anm. 17 u. 25.

beteiligung in Wegfall kommt[67]). Auf die hier zur Erörterung stehenden Fälle angewandt, würde dies bedeuten, daß die vom Erwerber fortgesetzten Einzelarbeitsverträge im Augenblick des Eintritts ihren tariflichen Inhalt verlieren[68]). Damit ist dann nicht zugleich gesagt, daß die Tarifnormen nicht nach arbeitsvertraglicher Vereinbarung fortgelten können[69]). Aber nur eine Nachwirkung ipso iure gibt es nach Nipperdey nicht. Durch die Tarifvertragsparteien kann sie vereinbart werden[70]). Solche Auffassung wird als konsequente Durchführung einer „Vertragstheorie" auch in der Nachwirkungslehre verständlich. — Demgegenüber steht die wohl herrschende Lehre[71]) auf dem Standpunkt, daß die Tarifnormen in der Tat Inhalt der Einzelarbeitsverträge werden. Tritt also der Erwerber in die Arbeitsverträge ein, so bleibt ihr tarifmäßiger Inhalt gewahrt.

Eine Stellungnahme zu dieser Streitfrage muß sich im Rahmen der Abhandlung auf das Wichtigste beschränken. Richtiger erscheint es, mit den Gegnern Nipperdeys eine Nachwirkung anzuerkennen. Diese Anschauung kann sich jedenfalls mit größerem Recht auf den Wortlaut des § 1 Abs. 1 TVO. und die historische Entwicklung berufen. Die Tarifnormen gelten als von den Arbeitsvertragsparteien vereinbart. Im übrigen sind doch auch die oben unter aα und bα geschilderten, durch § 1 Abs. 2 TVO. veranlaßten Fälle Ausdruck einer Tarifbeteiligung kraft Nachwirkung. Der Vorwurf Nipperdeys[72]), daß die auch hier ver-

---

67) Nipperdey a. a. O., IV 2 u. 3.

68) Vgl. Nipperdey a. a. O., IV 2 e.

69) So auch Nipperdey, L., § 17 Anm. 27, unter Bezugnahme auf ein (von Herschel, S. 140, kritisiertes) Urteil des RAG. Bensh. Sammlg. II, 23; mißverständlich L., IV 2 a. — Vgl. auch den Schiedsspruch des SchlAussch. Osnabrück in JAR. 1922/71 f.

70) A. a. O., IV 1 b.

71) Nähere Angaben bei Nipperdey, L., § 20 Anm. 10. 26/27; dort auch über eine Spielart der h. L. — S. auch Schulz-Schäffer. Vgl. ferner Hawelka, ArbRA. 11/69 ff.

72) L., § 20 II 2 b. Fraglich erscheint auch, ob den ebenda unter d erhobenen Bedenken nicht noch stärkere gegenüberstehen.

tretene Meinung „bei einer antiquierten Willenstheorie stehenbleibe", kann danach höchstens das Gesetz selbst treffen.

B.

Der Vollständigkeit halber ist ferner der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag zu beachten.

Wird das durch die §§ 2 ff. TVO. vorgeschriebene Verfahren angewendet, so äußert der Tarifvertrag gemäß § 2 Satz 2 TVO. innerhalb seines räumlichen und sachlichen Geltungsbereiches eine Einwirkung auch auf die Arbeitsverträge solcher Parteien, von denen entweder die eine oder beide nicht tarifbeteiligt sind. Der persönliche Geltungsbereich wird durch die Allgemeinverbindlicherklärung auf die sog. Außenseiter ausgedehnt.

Daher finden alle oben begegnenden, mit dem normativen Teil [73]) des Tarifvertrages in Zusammenhang stehenden Schwierigkeiten hier eine einfache Lösung [74]). Der Erwerber des Unternehmens mag als Tarifvertragspartei oder Mitglied der Arbeitgebervereinigung tarifbeteiligt sein oder auch nicht, er ist es jedenfalls als Außenseiter, wenn die in Rede stehenden Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt worden sind. — Diese Art der Tarifbeteiligung dauert nun solange an, bis die Allgemeinverbindlicherklärung aufgehoben wird. In diesem Augenblick leben die bis dahin unpraktisch gewesenen, oben dargestellten Fragen wieder auf. Danach entscheidet sich dann auch, ob die Tarifbeteiligung fortbesteht oder nicht.

Das mangels einer gesetzlichen Regelung entstandene Problem, wie die Aufhebung der Allgemeinverbindlicherklärung im einzelnen erfolgt, liegt im wesentlichen außerhalb der für die Abhandlung wichtigen Gesichtspunkte. — Soviel mag jedoch interessieren, daß drei Ansichten bestehen. Die sog. Vertragstheorie [75]) behauptet eine Abhängigkeit der

73) Vgl. Nipperdey, L., § 26 Anm. 25 und V 4 b.
74) Vgl. auch Nikisch, § 33 pr.
75) Vertreten von Nipperdey, L., § 26 II, bes. 4; vgl. auch III u. IV. — Ebenda Anm. 12 weitere Anhänger der Lehre.

Tarifbeteiligung kraft Allgemeinverbindlicherklärung von dem Tarifvertrage. Wird also der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag von den Vertragsparteien beendigt oder in einzelnen Beziehungen verändert, so verliert die Tarifbeteiligung der Außenseiter je nachdem ganz oder z. T. ihre Wirkung. Dagegen wendet sich die sog. Gesetzestheorie[76]), nach der die Allgemeinverbindlicherklärung als Rechtsverordnung anzusehen ist, die Tarifnormen also als Rechtssätze für die Außenseiter wie auch die Vertragsparteien bzw. ihre Mitglieder gelten. Mögen die Parteien den Tarifvertrag ganz oder z. T. aufheben, die entsprechende Wirkung kann sich erst äußern, nachdem die Rechtsverordnung Allgemeinverbindlicherklärung wieder außer Kraft gesetzt worden ist. Eine dritte Theorie[77]) schließlich hält die Gesetzestheorie für die Außenseiter, die Vertragstheorie für die Tarifvertragsparteien für richtig. — Sie muß wegen der durch nichts begründeten Uneinheitlichkeit abgelehnt werden. Im übrigen wird alles auf die richtige Erkenntnis des Begriffs der Allgemeinverbindlicherklärung ankommen[78]).

Fälle einer Tarifkonkurrenz, sowohl mit einem für allgemeinverbindlich erklärten (dazu § 2 Abs. 2 TVO.) wie mit einem einfachen Tarifvertrag sind wiederum möglich, aber hier nicht darzustellen[79]).

C.

Schließlich ist noch der Fall zu erörtern, in dem der Veräußerer Arbeitsverträge unter Berufung auf einen bestehenden Tarifvertrag abgeschlossen hat. Auch hier entsteht eine Tarifbeteiligung gemäß § 1 Abs. 2 TVO. Der in die Arbeitsverträge eintretende Erwerber bleibt kraft der Nach-

76) Die Vertreter dieser Ansicht bei Nipperdey a. a. O., Anm. 16. Dort und Anm. 24 auch über die Praxis.

77) Vgl. Nipperdey a. a. O., Anm. 17.

78) Vgl. dazu Jellinek, § 7 IV, 3 und Anm. 49. Über den Standpunkt der Vertragstheorie (Verwaltungsakt) s. Nipperdey, L., a. a. O. Anm. 8. N. hält diese Frage anscheinend nicht für die maßgebende.

79) Vgl. dazu auch Nipperdey, L., a. a. O., V, 6 (Vertragstheorie).

wirkung an die Tarifnormen gebunden. Insoweit liegen die Dinge ebenso wie in den unter A a α und b α besprochenen Fällen. Ein Unterschied besteht insofern, als die Arbeitsvertragsparteien diese Tarifbeteiligung jederzeit durch Aufhebung der Berufung beenden können [80]).

Der Erwerber seinerseits kann sich auf den bisher wirksamen Tarifvertrag berufen. Dies geschieht nach allgemeinen Grundsätzen möglicherweise stillschweigend. Deshalb würde, selbst wenn eine Nachwirkung abzulehnen, ja sogar der Abschluß neuer Arbeitsverträge im Falle der Unternehmensveräußerung zu fordern wäre, oft auf dem Wege über die Berufung ein dem oben gefundenen wenigstens gleichkommendes Ergebnis erzielt werden können. Keineswegs muß etwa die Berufung beim Abschluß der Arbeitsverträge erfolgen, vielmehr kann sie auch später stattfinden.

§ 13.

(Anhang:) Der Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes.

Auch für das Tarifrecht ist durch den ebenfalls schon vor einiger Zeit entstandenen Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes (ATG.) [81]) eine neue Regelung geplant. Es dürfte geboten sein, dazu in gleicher Weise wie zum AVG. Stellung zu nehmen [82]).

Grundlegende Bedeutung für den hier zur Erörterung stehenden Problemkreis hat der § 13 Abs. 3 ATG. Diese Vorschrift bestimmt, daß die Tarifangehörigkeit des In-

80) So die allgemeine Ansicht, z. B. Nipperdey, L., § 17 II 2 d vor Anm. 21 u. IV, 3 c; Hueck, H. III, § 8 II, 4 vor Anm. 4; beide mit weiterer Literatur. Abweichend aber Erdel, AZfA. 1922/79 f., der einen einheitlichen Begriff der Tarifbeteiligung (jedoch nur für die gegenwärtigen Verträge) zu Grunde legt; Sinzheimer, Grz., S. 259. Vgl. auch Hagemann, ArbGer. 35/558 ff.

81) Abgedruckt in RArbBl. 1921, AT., S. 491 ff.

82) Aus der Literatur vgl. vor allem: Nipperdey, B., IV, mit einem vollständigen Gegenentwurf (IV, XIV). Weitere Angaben neuestens bei Nipperdey, L., § 6 Anm. 12.

habers auf seinen Rechtsnachfolger im Betriebe übergeht. Sie gilt gleichmäßig für den Werk- und Verbandstarifvertrag, ohne daß diese Unterscheidung auch im übrigen aufgegeben würde, vgl. § 11 Z. 1 und 2 ATG. Damit wird aber nur der normative Teil („Tarifsatzung") geregelt. Fraglich ist die Rechtslage hinsichtlich des obligatorischen Teils des Werktarifvertrages. Der § 18 ATG. äußert sich dahin, daß der Tarifvertrag die Vertragsparteien und ihre Rechtsnachfolger verpflichtet, jede Kampfmaßregel zu unterlassen, die gegen den Bestand des Tarifvertrages oder einzelne Bestimmungen des Vertrages gerichtet ist. Danach ist soviel sicher, daß der Veräußerer aus dem obligatorischen Teil des Werktarifvertrages berechtigt bleibt, es sei denn, daß auch eine Übertragung der Rechte nach den oben [83]) aufgestellten Regeln erfolgt. Man kann immerhin daran zweifeln, ob in dieser Beziehung das Richtige getroffen wurde.

Wichtig ist, daß der Entwurf im Gegensatz zum geltenden Recht die Veräußerungsvertragsparteien beim Werktarifvertrag nicht mehr in die Lage versetzt, durch Ausschluß der Übertragung des obligatorischen Teiles auch eine Tarifgebundenheit des Erwerbers auszuschalten.

Gleich bedeutsam ist die Vorschrift des § 13 Abs. 3 ATG. für den Verbandstarifvertrag. Ob der Erwerber Mitglied der betr. Arbeitgebervereinigung wird und damit eine mitgliedschaftliche Tarifbeteiligung erwirbt oder nicht, ist nach dem Entwurf gleichgültig [84]). Jedenfalls wird er nach § 13 Abs. 3 ATG. tarifangehörig [85]).

Somit sind auch die oben im § 12 unter A aβ und bβ besprochenen Fälle eindeutig geregelt. Der Fall A bα ist durch den § 11 Z. 2 ATG. abgewandelt, ein dem unter A aα dargestellten korrespondierender Fall durch den § 11

83) Im § 10.

84) Vgl. dazu auch Art. 159 RV.

85) Daher verlegt Nipperdey diese Vorschrift mit Recht in den § 8 seines Gegenentwurfs (Z. 4), der die Fälle der Tarifbeteiligung aufzählt. Eine andere Frage ist es, ob auch eine Eingliederung unter „Allgemeine Vorschriften" berechtigt ist. — Vgl. auch Hawelka, ArbRA. 10/157 ff.

Z. 1 ATG. überhaupt beseitigt. Demnach bleibt Raum für die Anwendung der im § 15 ATG. anerkannten Nachwirkung. — Im übrigen hat, was den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag angeht (B), durch § 21 ATG. die Gesetzestheorie eine gesetzliche Grundlage gefunden [86]). — Schließlich ist der letzte Fall einer Tarifbeteiligung nach § 1 Abs. 2 TVO. (C) durch den § 11 Z. 3 ATG. umgestaltet worden [87]).

§ 14.

Schluß: Arbeits- und Tarifverträge und Unternehmen.

Die Abhandlung kann sich nunmehr ihrer letzten Aufgabe [1]) zuwenden und versuchen festzustellen, welchen Gewinn die Untersuchung für die Klärung des Unternehmensbegriffes hat.

Es wurde oben [2]) ausgeführt, daß über den Begriff des Unternehmens i. S. des Rechtsverkehrs drei Ansichten bestehen, die Vermögenstheorie, die Schementheorie und schließlich die Inbegriffstheorie der herrschenden Lehre. Die Frage, welche der drei Meinungen für die richtige zu halten ist, d. h. welche sich als mit dem Recht der Arbeits- und Tarifverträge vereinbar erweist [3]), ist zuerst zu beantworten.

Im Falle des Verkaufs eines Unternehmens war es als Konsequenz einer Vermögenstheorie anzusehen, daß die Rechte (und Pflichten) aus Arbeitsverträgen und dem obligatorischen Teil von Werktarifverträgen sowie die Mitgliedschaft in einer Arbeitgebervereinigung, die einen Verbandstarifvertrag abgeschlossen hat, an den Käufer über-

86) Nipperdey schlägt dagegen im § 22 seines Gegenentwurfes die gesetzliche Anerkennung der Vertragstheorie vor.

87) Vgl. dazu Potthoff, AZfA. 8/729 ff. und ArbR. 18/163 ff., in einer außerordentlich scharfen Kontroverse mit Klotz, ArbRuSchl. 12/407 ff.

1) S. oben § 1.

2) § 2, bes. Z. 2.

3) S. oben §§ 3 u. 9 a. E. sowie nochmals § 1.

tragen werden müssen. Nach der herrschenden Lehre und den (erweiterten)[4]) Schementheorien bestanden diese Verpflichtungen nur im Zweifel[5]). — Dem entspricht nun, was die Rechte aus Arbeitsverträgen angeht, auf Seiten der Arbeitsvertragsparteien eine Auslegungsregel des Inhalts, daß die Rechte (im Falle einer Unternehmensveräußerung) im Zweifel übertragbar sind[6]). Ganz entsprechend verhält es sich mit den Rechten aus dem obligatorischen Teil eines Werktarifvertrages. Hier besteht eine Abhängigkeit vom Willen der Tarifvertragsparteien insofern, als der § 399 BGB.[7]) maßgebenden Einfluß gewinnt[8]). In Anbetracht der Mitgliedschaft in einer Arbeitgebervereinigung, die einen Verbandstarifvertrag abgeschlossen hat, schließlich hat die Vereinssatzung bestimmende Bedeutung[9]).

Diese Ergebnisse[10]) lassen eine Stellungnahme zu den drei Theorien noch nicht zu. Denn die nicht übertragbaren Rechte stehen mit dem Unternehmensinhaber in enger Verbundenheit. Sie sind, wie schon oben[11]) festgestellt wurde, keine Bestandteile des Unternehmens i. S. des Rechtsverkehrs. Nur soviel ist richtig, daß die sog. „reine" Schementheorie[12]) sich mit diesem Problem nicht auseinanderzusetzen braucht[13]).

Es bleibt die Frage, ob die übertragbaren Rechte auch übertragen werden müssen, wie die Vermögenstheorie zu folgern hat. Sie ist zu verneinen. Die Abhandlung konnte nachweisen, daß der Ausschluß der Übertragung von

4) S. oben, § 3 a. E., auch Anm. 18 S. 31.
5) S. oben §§ 3 u. 9 a. E. und § 11, S. 82.
6) S. oben § 4, S. 42.
7) S. oben § 4, S. 43.
8) S. oben § 10, S. 74.
9) S. oben § 11, S. 82/83.
10) Hinsichtlich der „negativen Bestandteile" des Unternehmens, der Verbindlichkeiten, entsteht kein Konflikt. Dazu s. oben § 5 a. E., § 6 a. E. und § 7 A u. B. — Über die §§ 25 HGB., 419 BGB. s. später.
11) § 2 Z. 2 a. A.
12) Dazu vgl. die Stelle soeben in Anm. 4.
13) Wohl aber hat sie die Frage für die Chancen in gleicher Weise zu prüfen!

Rechten im allgemeinen [14]) durchführbar ist [15]). In die Vertragsfreiheit der Veräußerungsvertragsparteien [16]) braucht nicht eingegriffen zu werden, daher darf es auch nicht geschehen. Die Vermögenstheorie ist aus diesem Grunde [17]) als unrichtig abzulehnen. — Den Fehler dieser Ansicht vermeiden sowohl die Inbegriffstheorie als auch die erweiterte Schementheorie. Wenn nunmehr weiter gefragt wird, welche von diesen beiden Meinungen als die richtige anzusehen ist, so muß der Schementheorie entgegengehalten werden, daß sie das gleiche Ergebnis wie die Inbegriffstheorie nur auf dem Umwege über eine analoge Anwendung des Bestandteil- und Zubehörbegriffes erreichen kann. Es ist richtiger, eine Analogie, die überdies noch äußerst bedenklich ist, zu vermeiden, wenn ohne sie auszukommen ist [18]). Die erweiterte Schementheorie ist nicht einfach genug. Könnte sie demgemäß auf ihren Ausgang, die reine Schementheorie, zurückgehen? Es kann ganz davon abgesehen werden, daß aus dieser Theorie die Nichtübertragung der Rechte aus Arbeits- und Tarifverträgen entgegen dem Interesse aller beteiligten Vertragsparteien folgen würde. Jedenfalls sieht sie sich vor die Tatsache gestellt, daß die Rechte aus Arbeitsverträgen teilweise, nämlich dann, wenn die Verträge von Betriebsratsmitgliedern abgeschlossen, und einige hier unwesentliche Voraussetzungen erfüllt sind, bei einer Unternehmensveräußerung mitübertragen werden müssen [19]). Die Schementheorie ist gezwungen, Rechte aus Arbeitsverträgen [20]) in den Unternehmens-

14) Über diese Einschränkung s. unten.

15) S. oben § 7 C a, § 10 S. 76, § 11 S. 82.

16) Dazu vgl. oben S. 66, 79, 83 f. — Von hier aus kann auch eine analoge Anwendung des § 419 BGB., — dazu Anm. 78 S. 49 —, abgelehnt werden.

17) Damit soll nicht gesagt werden, daß nicht noch andere Gründe gegen sie sprechen. Vgl. z. B. Eckhardt, ZBH. 4/171 ff., der ihr Verhältnis zu den Chancen würdigt.

18) Freilich kann sich dies Argument nicht aus der Erörterung des Rechts der Arbeits- und Tarifverträge ergeben.

19) S. oben § 7 C a, S. 67.

20) Und übrigens noch andere Rechte, dazu s. Pisko, oben Anm. 33 S. 9.

begriff einzubeziehen. Da die Analogie der §§ 96 ff. BGB. aber nicht zu befriedigen vermag, ist auch diese Meinung nicht brauchbar [21]).

Übrig bleibt die Inbegriffstheorie der herrschenden Lehre. Sie folgert, daß die Parteien eines über das Unternehmen abgeschlossenen Veräußerungsvertrages bis an die Grenze desjenigen zurückgehen können, was zur Wahrung der Kontinuität [22]) übertragen werden muß. Selten genug [23]) wird insofern ein Konflikt in Erscheinung treten, als zu diesem Unternehmen i. e. S. gehörende Rechte aus Arbeitsverträgen [24]) nicht übertragbar sind, ein Konflikt, der auf Kosten der Übertragbarkeit des Unternehmens zu entscheiden sein dürfte. Wohl aber greift die sog. Verselbständigung des Unternehmens [25]) in die Vertragsfreiheit der Veräußerungsvertragsparteien und damit in die Inbegriffstheorie ein.

Über diesen Vorgang einer Verselbständigung des Unternehmens interessiert hier das Folgende. — Eine bedeutsame Rolle spielt die Kategorie der unübertragbaren bzw. höchstpersönlichen Rechte [26]). Je größer ihr Umfang, desto ferner das Unternehmen als Rechtssubjekt, und umgekehrt. Die Entwicklung ist dahin gegangen, daß heute nur noch eine dem § 613 Satz 2 BGB. entgegengesetzte Auslegungsregel gilt. Ebenso wie mit den Rechten aus Arbeitsverträgen liegen und lagen die Dinge von vornherein mit den Rechten aus dem obligatorischen Teil eines Werktarifvertrages, während die Mitgliedschaft in einer Arbeitgeber-

---

21) Von hier aus dürfte auch das Recht am Unternehmen neu beleuchtet sein. Vgl. dazu oben § 2 Z. 2, Anm. 78 S. 17.

22) Dieser Standpunkt steht in klarem Verhältnis zu der oben § 2 Z. 2 geforderten Fortsetzung der Tätigkeit durch den Erwerber. Von der Schementheorie und einer Spielart der Inbegriffstheorie, — vgl. a. a. O., S. 21 f. —, läßt sich dies nicht behaupten.

23) S. sogleich.

24) Vgl. Makower, § 22 I d 2; auch die bei Passow, S. 83 f. unter 4 und 5, angegebenen älteren Schriftsteller. Vgl. auch die Formulierung bei Mansfeld, § 9,2 a. E.

25) S. oben Anm. 87 S. 19.

26) Wie im übrigen der höchstpersönlichen Chancen.

vereinigung, die einen Verbandstarifvertrag abgeschlossen hat, wohl noch grundsätzlich [27]) an die bestimmte Person des Arbeitgebers gebunden ist.

Es kann dahin kommen, daß die übertragbaren Rechte auch übertragen werden müssen. Eine derartige [28]) Tendenz zeigt sich dort, wo das Betriebsrätegesetz, das ohnehin nur für größere Betriebe und nicht für „arbeitgeberähnliche" Personen gilt [29]), Einfluß gewinnt. Schließt der § 87 BRG. durch die Statuierung einer Entschädigungspflicht noch einen Kompromiß [30]), so kann das Gesetz in den §§ 96, 97 BRG. nicht mehr umhin, gegen die Freiheit des Unternehmers zu entscheiden [31]). — Das reguläre Interesse der Arbeitnehmervereinigung gestattet die Anwendung der §§ 25 HGB., 419 BGB. für die Pflichten aus dem obligatorischen Teil des Werktarifvertrages. Da hinsichtlich der sog. Durchführungspflicht nicht zwischen rückständigen und noch nicht fälligen Schulden unterschieden werden kann, so führen diese beiden Paragraphen hier besonders deutlich einen Schritt [32]) vorwärts zur Heraushebung des Unternehmens aus der Sphäre des Unternehmensinhabers [33]). — Einen neuen Impuls erhält die Bewegung des Rechts weniger durch das AAVG. [34]) als vielmehr durch das ATG. Der § 13 Abs. 3 dieses Entwurfs findet gewissermaßen den Ausweg aus den durch eine vielfach entgegengesetzte Interessenlage bedingten Konstruktionsschwierigkeiten, indem er sich des normativen Teils der Tarifverträge annimmt und

---

27) S. oben § 11, S. 82/83.

28) Vgl. dazu auch oben § 7 C a, S. 67 f., und ebenda b, S. 69 Anm. 152.

29) Vgl. §§ 1, 12 BRG. mit oben § 4, S. 39 f.

30) Einen kompromißartigen Charakter trägt auch der von Priebe, ArbRuSchl. 13/118 ff., mitgeteilte Gesetzesantrag der sozialdemokratischen Partei vom 3. 2. 1931 (Entschädigung der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang).

31) S. Anm. 19 S. 95.

32) S. oben § 10, Anm. 24 S. 78.

33) S. oben § 10, S. 76 ff.

34) S. oben § 8 a. E.

diesen an den Betrieb fesselt[35]). Aber auch so wird der Unternehmer ausgeschaltet.

Danach kann die Inbegriffstheorie mit ihren Konsequenzen nicht schlechthin bestätigt werden. Soviel ist aber richtig, daß sie im wesentlichen noch zutrifft, und daß, wenn der Unternehmensbegriff auf eine kurze Formel gebracht werden soll, die der herrschenden Lehre herangezogen werden muß[36]). Dabei bleibt zu beachten, daß das Unternehmen in das erste Stadium einer Entwicklung eingetreten ist, an deren Ende das Unternehmen als Rechtssubjekt steht[37]). Der Weg führt über die Vermögenstheorien, die so eine Rehabilitation erfahren können[38]). Zugleich ist nicht zu übersehen, daß nur die Arbeits- und Tarifverträge geprüft wurden, und daher (in positiver Hinsicht)[39]) nur ein Teilergebnis erzielt werden kann.

Zur Frage der Betriebsgemeinschaft[40]) ist im Rahmen der Abhandlung das Folgende zu bemerken. Es wurde festgestellt[41]), daß die sog. Kündigungsbeschränkungen keine Anwendung finden, wenn und soweit die Rechte aus Arbeitsverträgen übertragbar und übertragen sind. Ihr Zweck, dem Arbeitnehmer die Arbeitsstätte zu erhalten, in diesem Sinne eine Verbundenheit des Arbeitnehmers mit dem Betriebe herzustellen, sofern er will[42]), wird hier erreicht. Soll die Betriebsgemeinschaft, also die Gemeinschaft des

---

35) S. oben § 13, S. 92. Im übrigen Potthoff, ArbRPr. 1/5 ff.; Hawelka, ArbfA. 10/168.

36) Vgl. dazu § 25 Abs. 1 AABG., oben § 8 a. A.

37) Unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten gesehen, handelt es sich um eine allmähliche Verdrängung des individualistisch-kapitalistischen Wirtschaftssystems, dessen Prototyp ja der Unternehmer ist.

38) Vgl. oben Anm. 14 S. 95 mit Anm. 31 S. 97. Vgl. auch oben Anm. 110 S. 23. — Die Konstruktion des Unternehmens als juristische Person würde derjenigen der Stiftung nicht unähnlich sein können.

39) Dazu oben § 1 a. A.

40) S. oben § 2, Z. 3 a. E.

41) S. oben § 7 B, S. 61.

42) S. oben § 7 C b, Anm. 152 S. 69.

Arbeitgebers und der Arbeitnehmer innerhalb eines Betriebes, eine selbständige Bedeutung erlangen, so darf sie nicht durch die Veräußerung des Betriebes, in dem und mit dem sie besteht, ihr Ende finden. Den Platz des Arbeitgebers nimmt in diesem Falle der Erwerber ein, die Arbeitnehmer müssen dem Betriebe folgen. Es ergibt sich, daß die Betriebsgemeinschaft nur dann eine Grundlage im geltenden Recht hat, wenn die Rechte aus den für einen Betrieb abgeschlossenen Arbeitsverträgen übertragbar und übertragen [43]) sind [44]).

Aus der Untersuchung erwächst schließlich die Erkenntnis, daß eine schematische Vorrangstellung des Unternehmens bzw. Betriebes bedeutet, wohlbegründete Interessen nicht nur der Veräußerungsvertragsparteien [45]), sondern auch der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere des Arbeitnehmers [46]), außer acht zu lassen. Solange das geltende Recht nicht zu einer anderen Behandlung zwingt, kann und muß ihnen Geltung verschafft werden [47]). Von hier aus ist gegen die in der jüngsten Zeit aufgekommene Lehre vom sog. Beschäftigungsverhältnis [48]) Stellung zu nehmen. Ihre Anhänger [49]) stellen fest, daß verschiedene Gesetze bzw. Rechts-

---

43) Auf den Willen der Veräußerungsvertragsparteien kommt es aber in dem oben § 7 C a, S. 67, geschilderten Falle nicht (mehr) an. Vgl. auch soeben Anm. 19 S. 95.

44) Wenn also der Zweck der Kündigungsschutzvorschriften, insbesondere des BRG., erreicht wird. Im BRG. wirkt denn auch der Gedanke der Betriebsgemeinschaft. Vgl. Pohl, S. 98.

45) S. dazu oben Anm. 16 S. 95.

46) Dies wurde an vielen Stellen der Abhandlung bemerkt. Vgl. vor allem nochmals oben § 4, S. 39 f., und § 5, S. 45 f.

47) S. schon oben S. 95 nach Anm. 16.

48) Vgl. hierzu vor allem (in der zeitlichen Reihenfolge): Potthoff, ArbRPr. 1/5 ff.; Molitor, A. u. B.; Dersch, ArbRPr. 3/143 ff. und 181 ff.; Kaufen, ArbGer. 35/428 ff., ArbR. 17/673 ff.; Molitor, AZfA. 11/109 ff.; Kaufen, AZfA. 11/145 ff.; Dersch, AZfA. 11/155 ff.; Potthoff, AZfA. 11/283 ff.

49) Der folgenden Darstellung des Inhalts der Lehre kann nicht die Aufgabe erwachsen, jeder Sondermeinung nachzugehen.

institute[50]) nicht an den Arbeitsvertrag, sondern an die Beschäftigung im Betriebe, an ein vom Arbeitsvertrag unabhängiges „Beschäftigungsverhältnis" anknüpfen. Dieses ist an den Betrieb gebunden, wird infolgedessen durch einen Wechsel des Inhabers nicht berührt. In einem Beschäftigungsverhältnis steht der Arbeitnehmer. Will man es wirklich vom Arbeitsvertrag lösen[51]), so muß der Arbeitnehmer bei einer Betriebsveräußerung in jedem Falle im Betriebe verbleiben. — Die Lehre hat das Verdienst, durch ihre Untersuchungen zur Darstellung der Verselbständigung des Unternehmens beizutragen. Es sollte aber auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus gut überlegt werden, ob dem Beschäftigungsverhältnis eine zentrale Stellung im Arbeitsrecht einzuräumen ist. Zu bedenken sind die Worte Kaufens[52]): „Es wäre eine furchtbare Ironie, wenn die Abkehr von der individualistischen und die Hinkehr zur soziologisch-kollektivistischen Anschauungsweise dazu führen würde, daß die Arbeit von ihrem ursprünglich erhabenen Persönlichkeitswert mehr und mehr herabgedrückt würde, und der Arbeitnehmer nichts mehr mitzureden hätte."

---

50) Dazu die Aufstellung bei Dersch, ArbRPr. 3/143 ff., 3; aber auch Kaufen, ArbGer. 35/428 ff.

51) Nur dann hat die ganze Lehre einen Sinn.

52) ArbGer. 35/428 ff., B., der sich mit Recht auf Nipperdey, RS., S. 111 ff., berufen kann.